Fehler bei der Schadensbehebung

PETER ALEXANDER

1968

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545804_0120

DISSERTATIONS- UND FOTODRUCK FRANK · 8 München 13 · Telefon 597 397 [52 46 07]

FEHLER BEI DER SCHADENSBEHEBUNG

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung
der
Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der
Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
Peter Alexander

1968

Referent:	Prof. Dr. jur. Uwe Diederichsen
Korreferent:	Prof. Dr. jur. Karl Larenz
Tag der mündlichen Prüfung:	30. Juli 1968

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

INHALTSVERZEICHNIS

		Seite
Schrifttumsverzeichnis		III
Einleitung		1
1.	Gegenstand der Untersuchung	1
2.	Kennzeichnung der Problematik und Lösungsweg	4
Teil 1:		
I.	Die Geschäftsführung ohne Auftrag	7
II.	Die Begrenzung der Leistungspflicht nach § 249 Satz 2 BGB	10
1.	Ausdehnung des mittelbaren Schadens	10
2.	Vertiefung des realen Schadens	11
3.	Überhöhte Heilungs- oder Reparaturkosten	13
4.	Zusammenfassung	17
III.	Adäquanz und Mitverschulden	19
IV.	Die zurechenbare Verursachung der Schadenserweiterung	21
1.	Die Ergebnisse der Rechtsprechung	22
2.	Der Risikogedanke	24
Teil 2:	Über die Anwendung der §§ 254, 278 BGB	
I.	Überblick	29
1.	Mitverursachung und Teilung des Schadens	29
2.	Ausgangspunkt der Diskussion	33
II.	Darstellung des Meinungsstreits	36
1.	Erste Meinungsgruppe (Anwendung der §§ 254, 278 BGB)	36
2.	Zweite Meinungsgruppe (Ablehnung der Anwendung der §§ 254, 278 BGB)	37
III.	Verdeutlichung der Standpunkte	40
IV.	Darstellung und Kritik der Argumente, die für die Begrenzung der Schadensminderungspflicht vorgetragen worden sind (zweite Meinungsgruppe)	46

Seite

1. Die Zumutbarkeit (Wussow) 46
2. Das Fehlen einer Kontrollmöglichkeit des Geschädigten (v. Leyden) 48
3. Unterschiede zum Vertragsrecht (OLG Kassel) 50

V. Darstellung und Kritik der Argumente, die für die Ausdehnung der Schadensminderungspflicht vorgetragen worden sind (erste Meinungsgruppe) 53

1. Die "Erfüllung" der Schadensminderungspflicht 53
2. Ausgleich von Vorteil und Nachteil, Risikoerhöhung (Stampe) 56
3. Der "Gefahrenkreis" des Geschädigten (Böhmer) 60
4. Die Haftung des Dritten 62
5. Der Hinweis auf "Widersprüche" in der Rechtsprechung 66
   a) RGZ 55, 329 (Mitverschulden eines Rechtsanwalts) 66
   b) RGZ 167, 76 (Mitverschulden eines Generalbevollmächtigten) 68
   c) BGH VersR 58, 122 (Mitverschulden von Angestellten) 71
   d) Schlußfolgerung (Fallgruppen) 72

VI. Lösungsversuch für die wichtigste Fallgruppe 75

1. Die Argumentation aus dem Grundgedanken des § 278 BGB 75
2. Die Gründe der Verantwortlichkeit für Erfüllungsgehilfen 79
3. Ergebnis 89

SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS

Adomeit, Klaus	Unlautere Werbung durch Beauftragte und das Verschuldenserfordernis in § 890 ZPO, NJW 67, 1994
Belgard, Wolfgang	Zur Ersatzpflicht für den von der Reparaturwerkstatt verschuldeten weiteren Schaden, VersR 67, 642
Blomeyer, Arwed	Allgemeines Schuldrecht, 3. Aufl., Berlin-Frankfurt a.M. 1964
Böhmer, Emil	Die Kfz-Reparaturwerkstatt ist Erfüllungsgehilfe i.S. des § 278 BGB des unfallgeschädigten Kraftfahrers, MDR 66, 203
Böhmer, Emil	Ist die Kraftwagenreparaturwerkstätte Erfüllungsgehilfin des Geschädigten i.S. des § 278 BGB? NJW 67, 21
Böhmer, Emil	Zum Begriff der "Verbindlichkeit" i.S. des § 278 BGB, MDR 61, 566
Bydlinski, Franz	Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht, Stuttgart 1964
von Caemmerer, Ernst	Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht, Freiburg i.Br. 1956
von Caemmerer, Ernst	Wandlungen des Deliktsrechts, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, 1960, Bd. II., S. 49
Canaris, Claus-Wilh.	Besprechung von Hansgeorg Kanno, Gefährdungshaftung und rechtliche Kanalisierung im Atomrecht, NJW 67, 1952

Cohn, L.	Untersuchungen zu § 254 des Bürgerlichen Gesetzbuches, Gruch. 43, 96 (1899)
Cosack, Konrad und Mitteis, Heinr.	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 8. Aufl., Jena 1927
Diederichsen, Uwe	Die Haftung des Warenherstellers, München-Berlin 1967
Dilcher, Gerhard	Zu Begriff und Funktion der Gesamtschuld, JZ 67, 110
Dunz, Walter	Fremde Unrechtshandlungen in der Kausalkette, NJW 66, 134
Eck, Ernst	Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, bearbeitet von R. Leonhard, Bd. I, Berlin 1903 (zit. Eck-Leonhard)
Endemann, Friedrich	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 8. Aufl., Berlin 1903
Enneccerus, Ludwig	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 2. Abteilung, Recht der Schuldverhältnisse, 9. Bearbeitung, Marburg 1923
Enneccerus-Lehmann	Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung, Tübingen 1958
Erman	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl., Münster 1967
Esser, Josef	Schuldrecht, 2. Aufl., Karlsruhe 1960
Esser, Josef	Die Verantwortlichkeit des Verletzten für mitwirkendes Verschulden seiner Hilfspersonen, JZ 52, 257
Fikentscher, Wolfg.	Das Schuldrecht, Berlin 1965

Floegel-Hartung	Straßenverkehrsrecht, 17. Aufl., München 1968
Fritz, Robert	Ist die Kfz-Reparaturwerkstatt Erfüllungsgehilfin i. S. des § 278 BGB des unfallgeschädigten Kraftfahrers? MDR 66, 816
Geigel, Robert	Der Haftpflichtprozeß mit Einschluß des materiellen Haftpflichtrechts, 13. Aufl., München-Berlin 1967
Gernhuber, Joachim	Die Haftung für Hilfspersonen innerhalb des mitwirkenden Verschuldens, AcP 152, 69 (1952/1953)
Gottschalk, Alfred	Das mitwirkende Verschulden des Beschädigten bei Schadensersatzansprüchen nach dem BGB, Berlin 1903
Heck, Philipp	Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929
Holzer	Haftung mehrerer Rechtsanwälte gegenüber dem Auftraggeber, JW 27, 512
Hörstel, R.	Haftet der Geschädigte, der den Schaden selbst beheben käßt, für schuldhafte Versäumnisse seiner Reparaturwerkstatt? VersR 67, 16
Josef, Eugen	Die Vereinigung von Ärzten zur Berufsausübung als bloße Verbindung (Innengesellschaft), als Gesellschaft des bürgerlichen Rechts und als offene Handelsgesellschaft, Gruch. 48, 263 (1904)
Kablitz, Hans	Zur beabsichtigten Neufassung des § 254 BGB, JZ 59, 348
Kahn, Julius	Kulpakompensation und Gehilfenhaftung, ArchBR 34, 350 (1910)

Kleindienst, Bernh.	Zur Bedeutung des § 278 BGB bei mitwirkendem Verschulden, JZ 57, 457
Klimke, Manfred	Nochmals: Haftet der Geschädigte, der den Schaden selbst beheben läßt, für schuldhafte Versäumnisse seiner Reparaturwerkstatt? VersR 68, 30
Koch, Eckart	Probleme der Schadensabwägung zwischen Nebentätern und einem mitschuldigen Verletzten, NJW 67, 181
Kommentar	der Reichsgerichtsräte zum BGB, Bd. I, 2. Teil, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 241-432, 11. Aufl. 1960 (zit. RGR Komm.)
Künkel, Joseph und Wolff, Jürgen	Die KFZ-Reparaturwerkstatt als Erfüllungsgehilfin des Geschädigten bei Behebung von Unfallschäden? VersR 67, 730
Lange, Heinrich	Herrschaft und Verfall der Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang, AcP 156, 114
Lange, Hermann	Empfiehlt es sich, die Haftung für schuldhaft verursachte Schäden zu begrenzen? Kann für den Umfang der Schadensersatzpflicht auf die Schwere des Verschuldens und die Tragweite der verletzten Norm abgestellt werden? Gutachten für den 43. Deutschen Juristentag, Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages, Bd. I, S. 1, Tübingen 1960
Larenz, Karl	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960
Larenz, Karl	Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I und II, 8. Aufl., München-Berlin 1967

Larenz, Karl	Die Prinzipien der Schadenszurechnung, Ihr Zusammenspiel im modernen Schuldrecht, JuS 65, 373
Larenz, Karl	Tatzurechnung und "Unterbrechung des Kausalzusammenhanges", NJW 55, 1009
Larenz, Karl	Ursächlichkeit der Unterlassung, NJW 53, 686
Lehmann-Hübner	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 15. Aufl., Berlin 1966
Leonhard, Franz	Allgemeines Schuldrecht des BGB, München und Leipzig 1929
Leonhard, R.	s. Eck
von Leyden	Die sogenannte Culpa-Compensation im Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1902
Lindenmaier, Fritz	Adäquate Ursache und nächste Ursache, ZHR 113, 207 (1950)
Medicus, Dieter	Zur Verantwortlichkeit des Geschädigten für seine Hilfspersonen, NJW 62, 2081
Mertens, Hans-Joachim	Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1967
Meyer, Theodor	Kritische Streifzüge in das Gebiet der unerlaubten Handlungen, Das Recht 1924, Sp. 508
Mitteis, Heinrich	s. Cosack
Oertmann, Paul	Kommentar zum BGB, Recht der Schuldverhältnisse, Erste Abteilung (§§ 241-432), 5. Aufl., Berlin 1928

Oertmann, Paul	Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht, Berlin 1901
Oertmann, Paul	Interesse und Begriff in der Rechtswissenschaft, Leipzig 1931
Oertmann, Paul	Beiträge zur Lehre von der Erfüllungspflicht des Verkäufers, LZ 27, Sp. 9
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, 27. Aufl., München 1968
Planck-Siber	Kommentar zum BGB, Bd. II, 1. Hälfte, 4. Aufl., Berlin 1914
Raiser, Thomas	Adäquanztheorie und Haftung nach dem Schutzzweck der verletzten Norm, JZ 63, 462
Rother, Werner	Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, München-Berlin 1965
Rother, Werner	Adäquanztheorie und Schadensverursachung durch mehrere, NJW 65, 177
Ruhkopf, Rolf	Über die Regulierung von Totalschäden in KFZ-Haftpflichtsachen, VersR 62, 930
Schmidt, Hans Wolfg.	KFZ-Reparaturwerkstatt als Erfüllungsgehilfe des Geschädigten? VersR 65, 1136
Schmidt, Hans Wolfg.	Ersatz von Mietwagenkosten, DAR 61, 156
Schmidt, Reimer	Die Obliegenheiten, Karlsruhe 1953
Schneider, Egon	Zweifelsfragen beim Zusammentreffen von Mitverschulden und Mitverursachung bei Entstehung und Abwendung oder Minderung des Schadens, MDR 66, 455

Schroeder, J.U.	Die Bedeutung der Verweisung auf den § 278 im zweiten Absatz des § 254 des Bürgerlichen Gesetzbuches, AcP 95, 298 (1904)
Soergel-Siebert	Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 2, Schuldrecht I (§§ 241 - 610), 10. Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1967
Stampe	Anmerkung zum Urteil des RG v. 7.2.1921, JW 21, 741
Staudinger	Kommentar zum BGB, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, Teil ; c, 10./11. Aufl., bearbeitet von Alfred Werner und Hubert Kaduk, Berlin 1967
Steffani, Christian	Die Schadensminderungspflicht des Unfallgeschädigten bei Blechschäden, VersR 67, 922
Thiele, Wolfgang	Gesamtschuld und Gesamtschuldnerausgleich, JuS 68, 149
Venzmer, Kurt J.	Mitverursachung und Mitverschulden im Schadensersatzrecht, München und Berlin 1960
Wilburg, Max	Haftung für Gehilfen, Wien und Leipzig 1931
Wolf, Joseph Georg	Der Normzweck im Deliktsrecht, Göttingen 1962
Wolff, Jürgen	S. Künkel
Wussow, Werner	Das Unfallhaftpflichtrecht, 9. Aufl., Köln-Berlin-Bonn- München 1967
Wussow, Werner	Der Erfüllungsgehilfe im Sinne des § 278 BGB ..., Informationen zum Versicherungs- und Haftpflichtrecht (zit. WJ) 1958, S. 26

Zeuner, Albrecht — Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschäden, AcP 163, 380 (1964)

EINLEITUNG

1. Gegenstand der Untersuchung

In einem vom OLG Bremen[1] entschiedenen Falle[2] hatte der Beklagte den Kraftwagen des Klägers, ein amerikanisches Modell, angefahren und beschädigt. Die Instandsetzungsarbeiten dauerten sieben Monate. Die vom Kläger zugezogene Werkstatt hatte bei der Bestellung eines aus den USA zu beziehenden Ersatzteils dreimal eine falsche Patentnummer angegeben. Infolgedessen war dreimal ein nicht verwendbares Ersatzteil geliefert worden. Der Kläger hatte für die Zeit der Wiederherstellung einen anderen Wagen gemietet und verlangte nun Ersatz der Mietwagenkosten. Das OLG sprach dem Kläger diese Kosten für etwa drei Monate zu, d.h. für denjenigen Zeitraum, der für die Reparatur des Wagens bei richtiger Bestellung des Ersatzteils erforderlich gewesen wäre. Im übrigen wies es die Klage ab.

Das OLG Celle[3] hat einen ähnlichen Fall entschieden: Die Beklagte war dem Kläger wegen Beschädigung eines Lastkraftwagens zum Schadensersatz verpflichtet. Es blieb unklar, ob die Reparatur des Fahrzeugs durch Fehler bei den Arbeiten der vom Kläger zugezogenen Werkstatt verzögert und der Erwerbsverlust des Klägers so in vermeidbarer Weise vergrößert worden war. Das OLG unterstellte die darauf gerichtete Behauptung der Beklagten als richtig, verurteilte sie aber gleichwohl zum Ersatz des gesamten entstandenen Erwerbsverlustes. Es berief sich dabei auf eine Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahre 1909[4].

Dort hatte der Kläger Schadensersatz wegen einer Körperverletzung begehrt. Er hatte nach dem Schadensfall einen Arzt aufgesucht, dem ein Versehen unterlaufen war, durch das die Folgen der Verletzung verschlimmert worden waren. Das Reichsgericht bejahte die Ersatzpflicht der Beklagten auch für den Schaden, der durch den ärztlichen Kunstfehler verursacht worden war.

---

1) VersR 65, 1008.
2) Der Sachverhalt wird vereinfacht wiedergegeben.
3) NJW 62, 398 = MDR 62, 404.
4) RGZ 72, 219.

Diese Beispiele sollen die der Untersuchung zugrundeliegende Fallgestaltung anschaulich machen. Sie ist durch folgende Gegebenheiten gekennzeichnet: Der Geschädigte hat einen Körper- oder Sachschaden erlitten und ist zum Schadensersatz berechtigt. Er kann vom Schädiger Naturalrestitution verlangen (§ 249)[1]. Dabei stehen ihm zwei Möglichkeiten offen. Entweder kann er vom Schädiger die Wiederherstellung[2] des verletzten Gutes fordern (§ 249 Satz 1), oder er kann von ihm statt dessen den zur Wiederherstellung erforderlichen Geldbetrag verlangen (§ 249 Satz 2)[3] und sich selbst um die Heilung bzw. Reparatur kümmern. Er entscheidet sich für diesen zweiten Weg und zieht zum Zwecke der Schadensbehebung sachkundige Dritte zu[4]. Diese verfahren bei der

---

1) Paragraphen-Angaben ohne Zusatz beziehen sich auf das BGB.

2) Der Anspruch des § 249 Satz 1 ist an sich auf Herstellung des Zustandes, der ohne den zum Ersatz verpflichtenden Umstand bestehen würde, und nicht auf "Wiederherstellung" gerichtet; vergl. dazu RGZ 131, 158 (178); Esser, § 48, 9 b. Ist jedoch für eine Körperverletzung oder Sachbeschädigung nach § 249 Satz 1 Ersatz zu leisten, so hat die "Herstellung" durch Heilung (Stampe, JW 21, 741) bzw. durch Reparatur (OLG Nürnberg VersR 68, 505 (506, 2. Absatz)) zu erfolgen. Dem allgemeinen Sprachgebrauch entsprechend werden Heilung und Reparatur hier auch als Wiederherstellung, Schadensbehebung oder -beseitigung bezeichnet.

3) Auch der Anspruch des § 249 Satz 2 ist ein Anspruch auf Herstellung, "nur nicht in der Form der unmittelbaren Leistung des Schuldners, sondern in der Form einer durch eine Geldzahlung vermittelten Selbstbefriedigung des Gläubigers "(RGZ 71, 212 (214); BGH LM Nr. 3 zu § 249 (Gb) BGB (Bl. 2)). Er ist von demjenigen auf Geldentschädigung nach den §§ 250 Satz 2, 251, 253 zu unterscheiden (RG aaO; Staudinger- Werner, Randnr. 16 zu § 249).

4) Außer Betracht bleibt der Fall, daß der Geschädigte den Schaden beheben läßt, obwohl dies nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist ("Totalschaden"). Hier besteht die Besonderheit, daß der Schädiger befugt ist, den Geschädigten statt durch Herstellung (in der Form des § 249 Satz 2) "in Geld" zu entschädigen (§ 251 Abs. 2); vergl. dazu RGZ 71, 212 (215 f.); BGH LM Nr. 8 zu § 251 BGB.
Die Aufwendungen sind "unverhältnismäßig", wenn die Wiederherstellung unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht lohnend erscheint (vergl.
Fortsetzung Seite 3.

Wiederherstellung des beschädigten Gutes fehlerhaft, d.h. sie lassen die von einem durchschnittlichen Angehörigen ihres Berufsstandes zu erwartende Sorgfalt außer acht, sie handeln also schuldhaft im Sinne des objektivierten Fahrlässigkeitsbegriffs des Zivilrechts. Ihr fehlerhaftes Verhalten führt dazu, daß der vom Geschädigten letztlich erlittene Schaden größer ist als derjenige, der entstanden wäre, wenn die Wiederherstellung ordnungsgemäß durchgeführt worden wäre.

Dabei kann eine Vergrößerung des Schadens einmal an dem durch die Verletzungshandlung des Schädigers betroffenen Gut selbst eintreten. So hat der ärztliche Kunstfehler im dritten der genannten Beispiele eine Verschlimmerung der Verletzungsfolgen herbeigeführt. Durch Verwendung eines ungeeigneten Reinigungsmittels kann ein beschmutztes Kleidungsstück völlig unbrauchbar werden. Eine Schadensvergrößerung kann aber auch am sonstigen Vermögen des Geschädigten entstehen: In den beiden anderen Beispielen führte die Verzögerung der Reparatur nicht zu einer Vergrößerung des Sachschadens, sondern zu einer Verlängerung des Ausfalls der Fahrzeuge und damit zu erhöhten Mietwagenkosten bzw. zu erhöhtem Erwerbsverlust. Schließlich kann beides, sowohl das betroffene Rechtsgut selbst als auch das sonstige Vermögen des Geschädigten, zusätzlich beeinträchtigt werden: Ein ärztlicher Kunstfehler wird sich oft nicht nur auf den Gesundheitszustand des Geschädigten, sondern beispielsweise

---

Fortsetzung der Fußnote 3

BGH aaO; OLG Karlsruhe VersR 64, 198), wobei es aber letztlich auf die beiderseitige Zumutbarkeit ankommt (OLG Karlsruhe aaO; Palandt-Danckelmann, Anm. 2 zu § 251; Staudinger-Werner, Randnr. 23 zu § 251). Nach der Rechtsprechung kann der Schädiger bei Kfz-Schäden "Totalschadensabrechnung" verlangen, wenn die Reparaturkosten den Wiederbeschaffungswert des Fahrzeugs erheblich übersteigen würden (OLG München VRS 28, 84 (85); OLG Celle DAR 67, 216 = VersR 68, 205; s. ferner OLG Stuttgart NJW 67, 252 (254 a.E.) mit Anm. Hohenester). Bei der Beurteilung, ob der Schädiger von der Befugnis des § 251 Abs. 2 Gebrauch machen kann, ist von einem normalen Verlauf der Schadensbehebung auszugehen. Denn entscheidend ist, ob "die Herstellung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist", d.h. ob solche Aufwendungen als unvermeidlich oder wenigstens wahrscheinlich angesehen werden müssen bzw. mußten; im Ergebnis ebenso OLG Nürnberg, DAR 59, 45 (46); OLG Celle aaO; Wussow, Unfallhaftpflichtrecht, Randnr. 1200.

auch auf die Höhe seines Verdienstausfalls nachteilig auswirken.

In derartigen Fällen erscheint es zweifelhaft, in welchem Umfang der Schädiger dem Geschädigten für den eingetretenen Schaden haftet. Diese Frage soll hier untersucht werden. Dabei werden im Interesse einer verkürzten Darstellung bezeichnet: der tatsächlich entstandene Schaden als "Gesamtschaden", derjenige Schaden, der auch bei ordnungsgemäßer Wiederherstellung entstanden wäre, als "Grundschaden", die Differenz zwischen Grundschaden und Gesamtschaden als "Schadenserweiterung", die Schadenserweiterung am verletzten Gut selbst als Vertiefung des realen Schadens" und die Schadenserweiterung am sonstigen Vermögen des Geschädigten als "Ausdehnung des mittelbaren Schadens".

2. Kennzeichnung der Problematik und Lösungsweg

Es liegt nahe, das mit der Entstehung der Schadensersatzpflicht begründete Schuldverhältnis für maßgeblich zu halten und die Lösung im Bereich der §§ 249 ff. zu suchen. Es ist jedoch zu erwägen, ob eine weitere, selbständige schuldrechtliche Verbindung zwischen Schädiger und Geschädigtem dadurch entsteht, daß der Geschädigte die Wiederherstellung veranlaßt. Zu denken ist an das Rechtsverhältnis der Geschäftsführung ohne Auftrag, denn nach § 249 Satz 1 ist es der Schädiger, der zur Wiederherstellung des beschädigten Gutes verpflichtet ist. Man könnte aufgrund dieser Vorschrift meinen, der Geschädigte sei als Geschäftsführer des Schädigers anzusehen, wenn er die Schadensbehebung selbst in die Wege leitet, womit vor allem eine neue, von der die Schadensersatzpflicht begründenden Norm unabhängige Anspruchsgrundlage ins Blickfeld rückt, nämlich § 683 i.V.m. § 670.

Die Voraussetzungen des § 677 liegen indessen nicht vor (S. 7 ff). Damit entfällt die Möglichkeit, die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag anzuwenden. Die weitere Untersuchung geht also davon aus - und hierin stimmt sie mit der weit überwiegenden Mehrzahl aller bisherigen Lösungsvorschläge überein -, daß allein diejenigen Normen, auf denen die Verpflichtung des Schädigers zum Schadensersatz beruht, als Haftungsgrundlage anzusehen sind. Es gilt somit, nach Maßgabe der §§ 249 ff. und der von Rechtsprechung und Schrifttum in Ergänzung dieser Bestimmungen entwickelten Grundsätze zu prüfen, in welchem Umfang der Geschädigte den Schädiger in Anspruch nehmen kann.

Dabei ist zunächst der von Emil Böhmer[1] geäußerte Gedanke zu erörtern, eine Begrenzung der Haftung auf den Grundschaden ergebe sich schon aus § 249 Satz 2, weil der Geschädigte nach dieser Vorschrift nur den zur Herstellung "erforderlichen" Geldbetrag verlangen könne (S. 10 ff). Es wird sich zeigen, daß dieser Gedanke[2] einer Überprüfung nicht standhält, daß vielmehr zunächst geprüft werden muß, ob zwischen dem haftungsbegründenden Vorgang und der Schadenserweiterung ein adäquater Kausalzusammenhang besteht. Auf die Beantwortung dieser Frage kann auch nicht deshalb verzichtet werden, weil die Anwendung des § 254 in Betracht kommt (S. 19 ff). Im ersten Schwerpunkt der Arbeit ist daher zu untersuchen, ob die Schadenserweiterung eine adäquate Folge des schadenstiftenden Ereignisses darstellt (S. 21 ff.).

Es ist seit jeher streitig, ob der Schädiger das Verschulden des vom Geschädigten zugezogenen Arztes nach den §§ 254, 278 einwenden kann[3]. Neuerdings wird diskutiert - und diese Diskussion bildet den Anlaß für die vorliegende Untersuchung -, ob der Geschädigte das Verschulden der von ihm mit der Durchführung einer Kraftfahrzeugreparatur betrauten Personen nach den genannten Bestimmungen zu vertreten hat. Die Frage nach der Verantwortlichkeit des Geschädigten für die von ihm zur Schadensbehebung zugezogenen sachkundigen Personen nach den §§ 254, 278 wird jedoch in den modernen Kommentaren meist nur am Rande, in den Lehrbüchern zum Schuldrecht von Enneccerus-Lehmann, Esser und Larenz überhaupt nicht angesprochen. Sie soll im zweiten Teil der Arbeit erörtert werden (S. 29 ff.).

---

1) NJW 67, 21

2) Böhmer behandelt die Problematik am Beispiel des Versagens der vom Geschädigten zugezogenen Kraftfahrzeugreparaturwerkstatt. Im neueren Schrifttum wird meist dieser Fall, im älteren meist der ärztliche Kunstfehler betrachtet. Soweit im folgenden bei der Erörterung einzelner Meinungen nicht ausdrücklich gesagt wird, welchen Fall die jeweiligen Autoren untersuchen, handelt es sich um Erwägungen, die wie diejenige Böhmers verständigerweise auf alle in Betracht kommenden Fälle (s. oben S. 2 ff.) bezogen werden können.

3) Vergl. vorläufig Gernhuber, AcP 152, S. 76 Fußn. 18.

TEIL 1:

I. Die Geschäftsführung ohne Auftrag

Die Anwendung der §§ 677 ff. hat Stampe[1] vorgeschlagen, allerdings nur für den Fall, daß der Geschädigte den Schaden "notgedrungen" selbst beheben läßt, "etwa weil Gefahr im Verzuge oder weil er (wie häufig) darüber, wer ihn verletzt hat, noch in Unkenntnis ist" [2,3,4].

---

1) JW 21, 742.

2) Stampe meint, der Schädiger könne und müsse in diesem Falle Aufwendungsersatz dadurch leisten, daß er sich zur Vollpartei des vom Geschädigten mit dem Sachverständigen geschlossenen Vertrages mache. So lasse sich die gleiche Lage herstellen, wie wenn der Schädiger von Anfang an Ersatz nach § 249 Satz 1 geleistet hätte. Vergl. dazu Fußn. 4 a.E.

3) Zu seiner Beurteilung des Falles, in dem der Geschädigte "ohne zwingenden Grund von der Naturalrestitution (nach § 249 Satz 1) Abstand genommen hat", unten S. 56 ff.; vergl. auch Fußn. 4 a.E.

4) Ohne Bezugnahme auf Stampe vertreten neuerdings Künkel/Wolff, VersR 67, 730 ff., die Auffassung, es seien "die Bestimmungen über den Auftrag anzuwenden" (S. 732). Zur Begründung eines Auftragsverhältnisses verlangt das Gesetz einen Vertrag, durch den sich der Beauftragte verpflichtet, ein ihm vom Auftraggeber übertragenes Geschäft für diesen unentgeltlich zu besorgen (§ 662; Larenz, SchR II, S. 254). In der Veranlassung der Schadensbehebung durch den Geschädigten liegt doch kein Vertragsschluß zwischen ihm und dem Schädiger, durch den sich der Geschädigte gegenüber dem Schädiger zur Wiederherstellung des beschädigten Gutes verpflichten(!) würde. Schon deshalb kann Künkel/Wolff nicht gefolgt werden. Ihre Ausführungen können im übrigen auch aus einem anderen Grunde nicht überzeugen. Sie meinen, der Geschädigte habe nach § 670 einen Anspruch auf Ersatz der Schadenserweiterung (S. 732). Sie nehmen aber auch an, zwischen dem haftungsbegründenden Vorgang und der Schadenserweiterung bestehe ein adäquater Kausalzusammenhang (S. 731). Die Anwendung der §§ 254, 278 lehnen sie ab (S. 732). Bejaht man die Adäquanz, so bejaht man damit diejenige Voraussetzung, an die die Haftung des Schädigers für die Schadenserweiterung geknüpft ist. Verneint man dabei eine Anwendung der §§ 254, 278, die zu einer Minde-

Fortsetzung der Fußnote S. 8.

Nach § 677 ist als Geschäftsführer ohne Auftrag anzusehen, wer ein Geschäft für einen anderen besorgt, "ohne von ihm beauftragt oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt zu sein". Die auftraglose Geschäftsführung ist danach nicht gegeben, wenn der Geschäftsführer gegenüber dem Geschäftsherrn zu der fraglichen Tätigkeit vertraglich oder gesetzlich berechtigt (oder gar verpflichtet) ist[1]. Die fehlende Berechtigung zur Geschäftsführung gegenüber dem Geschäftsherrn ist es, was die Geschäftsführung "ohne Auftrag" problematisch macht[2]. Nur wo diese Problematik besteht, erscheint die Anwendung der darauf abgestimmten Vorschriften der §§ 677 ff. angemessen.

Nach § 249 Satz 2 ist der Geschädigte im Falle des Personen- oder Sachschadens berechtigt, vom Schädiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag zu verlangen[3]. Der Geschädigte soll - das ist der Sinn dieser Regelung - nicht genötigt sein, die Heilung seines Körpers oder die Reparatur seiner Sache dem Schädiger zu überlassen, zu dem er in der Regel kein Vertrauen hat[4]; er soll die Wiederherstellung des verletzten Gutes selbst in die Hand neh-

---

Fortsetzung der Fußnote 4.

rung der Ersatzpflicht führen würde, dann ist kein Grund ersichtlich, warum die Haftung des Schädigers für die Schadenserweiterung noch zusätzlich und unter Bemühung des § 670 begründet werden müßte. An dieser Unklarheit leidet der Vorschlag Stampes nicht. Auch er ging von der adäquaten Verursachung der Schadenserweiterung aus. Im Gegensatz zu Künkel/Wolff nahm er jedoch an, die Voraussetzungen der §§ 254, 278 seien erfüllt, so daß sich der Geschädigte eine Kürzung seiner Schadensersatzansprüche gefallen lassen müsse. Er meinte indessen, wenn der Geschädigte den Schaden notgedrungen selbst beheben lasse, dann könne man ihn "unmöglich schlechter stellen, als wenn er Naturrestitution (nach § 249 Satz 1) begehrt hätte". "Und dieser Erfolg", so glaubte Stampe, lasse sich "juristisch erreichen", nämlich auf dem oben S. 7 Fußn. 2 mitgeteilten Wege. Vergl. auch unten S. 72 ff., insbesondere S. 73 Fußn. 5, sowie S. 86.

1) Vergl. Enneccerus-Lehmann, § 165 III 3; Larenz, SchR II, S. 270.

2) Vergl. Larenz, a.a.O.

3) Es handelt sich um eine facultas alternativa des Gläubigers (des Geschädigten); RG HRR 1933 Nr. 1405; BGH LM Nr. 3 zu § 249 (Gb) BGB (Bl. 2); Enneccerus-Lehmann, § 10 II; a.A. Staudinger-Werner, Randnr. 31 zu § 249.

4) Vergl. Esser, § 48, 7 a; Planck-Siber, Anm. 3 b zu § 249.

men und vom Schädiger die dafür erforderlichen Geldmittel verlangen können[1]. Daraus ergibt sich, daß § 249 Satz 2 ein Recht des Geschädigten gegenüber dem Schädiger begründet, den Schaden selbst zu beheben oder beheben zu lassen[2]. Die Anwendung der Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag wäre also fehl am Platze[3].

Im übrigen dürften auch die positiven Voraussetzungen des § 677 nicht vorliegen[4]. Es liegt doch nahe, in der Veranlassung der Schadensbehebung durch den Geschädigten eine (stillschweigende) Erklärung des Inhalts zu erblicken, er fordere statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag[5]. An eine derartige Erklärung ist der Geschädigte gebunden, was bedeutet, daß er die Wiederherstellung vom Schädiger nun nicht mehr verlangen kann[6]. Kann er die Schadensbeseitigung vom Schädiger aber nicht mehr verlangen, dann besorgt er keine Angelegenheit des Schädigers, wenn er die Schadensbehebung selbst durchführen läßt. Es erscheint auch sehr fraglich, ob Stampe recht hat, wenn er ausführt[7], dem Geschädigten fehlten der "animus negotia gerendi und der animus recipiendi" nicht[8].

---

1) Der Anspruch des § 249 Satz 2 ist aber nicht davon abhängig, daß der Geschädigte den Schaden tatsächlich beheben läßt; er fällt, anders ausgedrückt, nicht weg, wenn der Geschädigte die Schadensbehebung unterläßt; h. M.; vergl. Zeuner, AcP 163, S. 395 Fußn. 49; Staudinger-Werner, Randnr. 16 zu § 249. Eine andere Frage ist es, ob der Geschädigte, der die Herstellung nicht gemäß § 249 Satz 1 dem Schädiger überläßt, unter dem Gesichtspunkt der Schadensminderungspflicht gehalten ist, für die Wiederherstellung des beschädigten Gutes zu sorgen; vergl. dazu unten S. 36 ff., insbesonders S. 42 ff.

2) Ebenso RG JW 21, 233; RGZ 98, 55 (56); Staudinger-Werner, Randnr. 16 zu § 249.

3) Ablehnend auch Hörstel, VersR 67, 17.

4) So LG Stuttgart MDR 67, 43 = VersR 67, 243 (Leitsatz).

5) A. A. offenbar Künkel/Wolff, aaO, S. 732.

6) OLG Celle NJW 49, 223; Esser, § 48, 7 b; Erman-Sirp, Anm. 13 a zu § 249; Planck-Siber, Anm. 3 b zu § 249 (S. 71); RGR Komm., Anm. 40 zu § 249; abw. Staudinger-Werner, Randnr. 31 zu § 249.

7) AaO.

8) A. A. etwa LG Stuttgart aaO.

II. Die Begrenzung der Leistungspflicht nach § 249 Satz 2

Böhmer meint, eine Begrenzung der Haftung des Schädigers auf den Grundschaden ergebe sich schon aus § 249 Satz 2. Der Geschädigte könne nach dieser Vorschrift nur den zur Herstellung "erforderlichen" Geldbetrag verlangen. Mehrkosten, z.B. erhöhte Mietwagenkosten, die dadurch entstünden, daß die vom Geschädigten zugezogene Reparaturwerkstätte schuldhaft die Reparatur erheblich verzögere, könnten nicht als "erforderlich" angesehen werden[1,2].

Diesen Erwägungen kann nicht gefolgt werden. Zunächst ist darzulegen, daß § 249 Satz 2 der Haftung des Schädigers für die Ausdehnung des mittelbaren Schadens ebensowenig entgegensteht wie seiner Ersatzpflicht für die Vertiefung des realen Schadens.

1. Ausdehnung des mittelbaren Schadens

Der Geschädigte kann nach § 249 Satz 2 vom Schädiger statt der Herstellung nach § 249 Satz 1 den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen, wenn wegen Verletzung einer Person oder Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten ist. Der Geschädigte soll eben nicht genötigt sein, die Durchführung der Heilung seines Körpers oder der Reparatur seiner Sache dem Schädiger zu überlassen; er soll die Heilung oder Reparatur selbst in die Hand nehmen können[3]. Mit dem "zur Herstellung erforderlichen Geldbetrag" ist also diejenige Geldsumme gemeint, die zur Heilung der Verletzung oder zur Reparatur der Sache aufgewendet werden muß. Zu dieser Geldsumme gehören Mietwagenkosten und andere mittelbare Schäden nicht. Sie werden in § 249 Satz 2 also überhaupt nicht angesprochen[4]. Deshalb kann aus dieser Bestimmung auch nichts darüber

---

1) NJW 67, 21.

2) Ebenso anscheinend OLG Frankfurt VersR 58, 419; LG Berlin VersR 57, 35; Klimke, VersR 68, 32.

3) Vergl. oben S. 8 f.

4) Der BGH ließ es in BGHZ 40, 345 (351 f.) "unentschieden, ob ... diese Bestimmung nur in dem engen Sinne zu verstehen ist, daß damit der Betrag gemeint ist, der gerade zur Beseitigung der unmittelbaren Sachschäden erforderlich ist". Die Frage spielt in dieser Untersuchung keine entscheidende Rolle. Denn selbst wenn § 249 Satz 2 nicht nur die eigentli-

Fortsetzung der Fußnote Seite 11.

entnommen werden, ob der Schädiger für erhöhte Mietwagenkosten oder eine anderweitige Ausdehnung des mittelbaren Schadens haftet.

2. Vertiefung des realen Schadens

Bei der Vertiefung des realen Schadens scheint § 249 Satz 2 auf den ersten Blick eine Handhabe zu bieten: Eine ordnungsgemäß durchgeführte ärztliche Behandlung der Körperverletzung des Geschädigten hätte etwa 200 Mark gekostet. Infolge einer falschen Spritze muß der Geschädigte ins Krankenhaus eingeliefert werden. So müssen am Ende Behandlungskosten in Höhe von 1 000 Mark bezahlt werden. Man könnte meinen, der Geschädigte sei nach § 249 Satz 2 auf eine Ersatzforderung in Höhe von 200 Mark beschränkt, da nur dieser Betrag zur Behandlung der vom Schädiger zugefügten Verletzung erforderlich gewesen sei.

Die Haftung läßt sich jedoch auch in den Fällen der Vertiefung des realen Schadens nicht durch Anwendung des § 249 Satz 2 begrenzen. Dem steht die Funktion entgegen, die der Vorschrift im System des Schadensersatzrechts zukommt. § 249 regelt in seinen Sätzen 1 und 2 die Art und Weise der Ersatzleistung, indem er den Grundsatz der Naturalrestitution aufstellt (Satz 1) und diesen für die Fälle der Ersatzpflicht wegen Verletzung einer Person oder Beschädigung einer Sache besonders ausgestaltet (Satz 2)[1]. Der Anwendung von Bestimmungen über die Art und Weise der Ersatzleistung muß aber die Klärung der Frage vorausgehen, für welche Schäden der Schädiger überhaupt verantwortlich ist. Und diese Frage beantwortet das Gesetz nicht in § 249 Satz 2, und zwar auch nicht für Personen- oder Sachschadensfälle. Wenn § 249 Satz 2 bestimmt, der Geschädigte könne in diesen Fällen statt der Herstellung den "dazu erforderlichen" Geldbetrag verlangen, so ergibt sich daraus nicht, in welchem Umfang der Schädiger herzustellen hätte, wenn der Geschädigte Ersatz nach § 249 Satz 1 verlangen würde, und mithin mindestens nicht exakt, wozu der Geschädigte den erforderlichen Geldbetrag fordern kann, wenn er Ersatz nach § 249 Satz 2 begehrt. Die Antwort gibt vielmehr, wenn auch unvollständig, § 249 Satz 1, der sich im

---

Fortsetzung der Fußnote von Seite 10

lichen Wiederherstellungskosten, sondern auch mittelbare Schäden ansprechen würde, könnte der Vorschrift doch nicht entnommen werden, in welchem Umfang diese zu ersetzen sind; vergl. dazu unten S. 11 f.

1) Vergl. oben S. 2 Fußn. 3.

Gegensatz zu § 249 Satz 2 nicht in der Regelung der Art und Weise der Ersatzleistung erschöpft; indem er den Schädiger zur Herstellung des Zustandes verpflichtet, der ohne den zum Ersatz verpflichtenden Umstand bestehen würde, bestimmt er auch den Umfang des zu ersetzenden Schadens, und zwar dahingehend, daß der gesamte durch den haftungsbegründenden Vorgang verursachte Schaden zu ersetzen ist[1,2]. Dabei bleiben freilich - und diese Einschränkung stützt sich auf eine im Grundsatz unangefochtene Rechtsprechung - ganz ungewöhnliche, "inadäquate" Folgen außer Betracht.

Der Schädiger haftet also in unseren Fällen nicht etwa nur für den ersten, zunächst entstandenen Körper- oder Sachschaden, sondern auch für fernere Schadensfolgen, sofern sie durch den haftungsbegründenden Vorgang adäquat verursacht worden sind. Überaus problematisch ist nun, ob auch die anläßlich der Schadensbehebung eintretende Erweiterung des Schadens, sei sie Vertiefung des realen oder Ausdehnung des mittelbaren Schadens, als eine adäquate Folge des haftungsbegründenden Vorgangs angesehen werden kann.

---

1) Vergl. auch Larenz, SchR I, S. 153 ff.

2) Das geltende Recht kennt nur wenige Ausnahmen vom Alles- oder Nichts-Prinzip des § 249 (Satz 1). Zu erwähnen sind vor allem die Haftungshöchstbeträge, die in einigen Gefährdungshaftungsgesetzen vorgesehen sind. Empfehlungen des 43. Deutschen Juristentages (1960) folgend sieht der im Januar 1967 vom Bundesministerium der Justiz vorgelegte Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung schadensersatzrechtlicher Vorschriften eine generalklauselartige Ausnahme vom Alles- oder Nichts-Prinzip vor. Es ist nach Art. 1 Nr. 2 des Entwurfs geplant, einen § 255 a in das BGB einzufügen, der dem Richter unter bestimmten Voraussetzungen ein Gestaltungsrecht des Inhalts gibt, die Ersatzpflicht insoweit einzuschränken, "als sie für den Ersatzpflichtigen .... zu einer schweren Unbilligkeit führen würde" (Abs. 1). Gedacht ist dabei u.a. gerade an diejenigen Fälle, in denen es zu einer Vergrößerung des Schadens durch Eingriffe Dritter kommt (vergl. Begründung des Entwurfs, S. 44). Mit Blick auf den weiteren Fortgang dieser Untersuchung ist hervorzuheben, daß die Anwendung der Vorschrift "in jedem Falle" voraussetzt, "daß der Schaden, bezüglich dessen eine Einschränkung in Betracht gezogen wird, im Rechtssinne in ursächlichem Zusammenhang mit dem zum Schadensersatz verpflichtenden Ereignis steht. Die Vorschrift kann also nicht dahin verstanden werden, daß sie die Prüfung der Kausalitätsfrage, namentlich der Adäquat, überflüssig machen und durch Billigkeitserwägungen ersetzen könnte" (Begründung, aaO).

Danach ist im obigen Beispiel nicht von § 249 Satz 2 auszugehen, sondern es ist zu fragen, ob die Verschlechterung des Gesundheitszustandes des Geschädigten infolge der falschen Spritze durch das haftungsbegründende Ereignis adäquat verursacht worden ist. Wenn das zu bejahen ist, muß der Schädiger eben auch für die Verschlimmerung der Verletzungsfolgen einstehen, d.h. nach § 249 Satz 2 hat er den Geldbetrag zu bezahlen, der zur Heilung des Gesamtschadens "erforderlich" war[1]. Der Geschädigte kann ihn also in Höhe von 1 000 Mark in Anspruch nehmen - vorausgesetzt, daß seine Haftung für die Vertiefung des Schadens nicht nach den §§ 254, 278 ganz oder teilweise entfällt.

3. Überhöhte Heilungs- oder Reparaturkosten

Die nach § 249 Satz 2 bestehende Begrenzung der Leistungspflicht des Schädigers auf den zur Herstellung "erforderlichen" Betrag, die Böhmer hervorhebt, ist bei der Beantwortung einer Frage zu beachten, die in dieser Arbeit bisher nicht angeschnitten worden ist und im einzelnen auch nicht erörtert werden soll. Es handelt sich um die Frage, in welchem Umfang der Schädiger dem Geschädigten die Kosten zu erstatten hat, die der Geschädigte zum Zwecke der Beseitigung eines bestimmten, adäquat verursachten Personen- oder Sachschadens verauslagt. Indem § 249 Satz 2 bestimmt, der Geschädigte könne statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen, begrenzt er gleichzeitig die Leistungspflicht, die den Schädiger trifft, wenn der Geschädigte Ersatz in der Form des § 249 Satz 2 verlangt: Der Schädiger hat nur den zur Herstellung "erforderlichen" Geldbetrag zu bezahlen, d.h. er hat nicht die vom Geschädigten tatsächlich verauslagten Kosten zu erstatten[2], sondern die zur Her-

---

1) Die Vertiefung des realen Schadens kann freilich bedeuten, daß die Wiederherstellung des beschädigten Gutes nun nicht mehr oder nur noch mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist. Bei adäquater Verursachung der Vertiefung ist der Geschädigte alsdann im ersten Falle in Geld zu entschädigen (§ 251 Abs. 1, 1. Fall), im zweiten kann er in Geld entschädigt werden (§ 251 Abs. 2). Vergl. auch oben S. 2 Fußn. 4 .

2) So aber, ohne die Problematik des § 249 Satz 2 zu erkennen, LG Stuttgart MDR 67, 43 = VersR 67, 243 (Leitsatz); ferner OLG Bremen VersR 67, 1161, aber nur für den Fall, daß der Geschädigte den Schaden im eigenen Betrieb beheben läßt; vergl. dazu auch Mertens, Vermögensschaden, S. 212 Fußn. 30. Dieser Fall soll in diesem Zusammenhang (Herstellungsaufwand) außer Betracht bleiben. Siehe aber unten S. 71 f.

stellung objektiv erforderlichen Kosten, worunter der Geldbetrag zu verstehen ist, der für die Beseitigung eines derartigen Schadens im Verkehr üblicherweise gefordert und bewilligt wird[1].

Die in § 249 Satz 2 angeordnete Begrenzung der Leistungspflicht des Schädigers kommt also beispielsweise dann zum Zuge, wenn nach einem Verkehrsunfall feststeht, für welche Schäden der Schädiger verantwortlich ist, und wenn dieser nun geltend macht, die Werkstatt des Geschädigten habe viel zu teuer gearbeitet, er bezahle für die Beseitigung des von ihm verursachten Sachschadens zwar 1200 Mark, aber nicht die 1600 Mark, die die Werkstatt vom Geschädigten verlangt habe[2]. Es ist auch kein Grund ersichtlich, warum der Schädiger, wenn sein Vorbringen richtig ist, statt 1200 Mark 1600 Mark bezahlen sollte. Denn wenn der Geschädigte 1600 Mark bezahlt hat, so hat er sich eben von seiner Werkstatt übervorteilen lassen. Das Risiko einer Übervorteilung von seiten des Herstellenden soll der Geschädigte tragen, der sich durch Kostenvoranschläge usw. absichern kann, während der Schädiger in das Vertragsverhältnis zwischen Geschädigtem und Herstellendem keinen Einblick hat. Die Leistungsschranke des § 249 Satz 2 wäre ferner zu beachten, wenn der Geschädigte in dem im vorhergehenden Abschnitt erörterten Beispiel keine falsche Spritze bekommen hätte, sondern wenn er, "überängstlich", sechs verschiedene Ärzte aufgesucht und deshalb statt 200 Mark 1000 Mark Heilungskosten aufgewendet hätte. Auch bei übertriebenen Vorsichtsmaßnahmen handelt der Geschädigte auf eigenes Risiko[3].

Es ist noch hervorzuheben, daß Böhmer eine abweichende Auffassung vertritt. Er meint nicht etwa, aus § 249 Satz 2 ergebe sich, daß der Schädiger die Reparaturkosten nur insoweit zu erstatten habe, als sie für die Beseitigung des von ihm zu verantwortenden Sachschadens objektiv erforderlich gewesen seien[4], und

---

1) RGZ 71, 212 (215) = JW 09, 454; RGZ 90, 154 (155); OLG München NJW 67, 398; Esser, § 49, 1 b; Soergel-Schmidt, Randnr. 77 zu §§ 249 - 253; Erman-Sirp, Anm. 13 c zu § 249; auf dieser Linie liegt es, wenn die Rechtsprechung dem Geschädigten die Kosten ärztlich verordneter Stärkungsmittel für die Vergangenheit auch dann zubilligt, wenn er sie aus Mangel an eigenen Mitteln tatsächlich nicht beschaffen konnte; BGH NJW 58, 627.

2) Vergl. den vom LG Stuttgart aaO entschiedenen Fall und demgegenüber die eingangs mitgeteilten Fälle.

3) Esser, § 49,1 b.

4) Das wäre nach dem Gesagten richtig.

die Vorschrift löse darüber hinaus auch das Problem, für welchen Zeitraum der Schädiger die mit dem Ausfall der beschädigten Sache verbundenen Schadensfolgen zu ersetzen habe. Er führt vielmehr, wie dargelegt[1], aus, Mehrkosten, z.B. erhöhte Mietwagenkosten, die auf eine schuldhafte Verzögerung der Reparatur zurückzuführen seien, könnten schon nicht als "erforderlich" angesehen werden[2], um dann ausgerechnet bei der Erörterung der Reparaturkostenfrage auf allgemeine Grundsätze des Schadensersatzrechts zurückzugreifen[3]. Er vertritt hier unter Berufung auf Palandt-Danckelmann[4] die Auffassung, es seien die vom Geschädigten aufgewendeten Herstellungskosten zu ersetzen, vorausgesetzt, daß dieser bei der Aufwendung nicht schuldhaft gehandelt habe, § 254. Nach den §§ 254 Abs. 2 Satz 2, 278 habe der Geschädigte ein Verschulden der Werkstatt wie eigenes Verschulden zu vertreten. Auch das OLG Nürnberg[5], Belgard[6], Steffani[7] und andere meinen, es handle sich auch bei der Festsetzung der Reparaturkostenschuld um ein Problem des Mitverschuldens[8].

Demgegenüber ist festzuhalten: Das Gesetz sagt in § 249 Satz 2 ausdrücklich, was der Geschädigte vom Schädiger zu fordern berechtigt ist, wenn er im Personen- oder Sachschadensfalle von der Herstellung in Natur nach § 249 Satz 1 Abstand nimmt. Er kann den zur Beseitigung des vom Schädiger zu verantwortenden Schadens erforderlichen Geldbetrag verlangen, nicht mehr und nicht weniger[9].

---

1) Oben S. 10.

2) Daß diese Erwägung unzutreffend ist, wurde oben S. 10 f. dargelegt; vergl. dazu auch oben S. 12 f.

3) NJW 67, 21 (letzter Absatz).

4) Anm. 2 b zu § 249.

5) VersR 68, 505 (506).

6) VersR 67, 642.

7) VersR 67, 923 (unter IV).

8) Künkel/Wolff, VersR 67, 732, meinen gar, der Geschädigte habe einen "Anspruch auf Erstattung der gesamten aufgewendeten Reparaturkosten (§ 670 BGB)" (!), auch wenn sie in Wirklichkeit nicht in vollem Umfang erforderlich gewesen seien. Vergl. dazu auch oben S. 7 Fußn. 4 .

9) Es ist natürlich richtig, wenn das OLG Nürnberg aaO ausführt, gerade bei der Autoreparatur bleibe "auch bei Bestehen eines üblichen Preises ein Spielraum für dessen Höhe". Für die Kosten einer ärztlichen Behandlung gilt das erst recht. Aber die Grenzen dieses Spielraums sind eben durch Auslegung des § 249 Satz 2 zu bestimmen.

Zweifelsfälle sind durch Auslegung des § 249 Satz 2 zu entscheiden[1].

Dabei kommt es weder auf die adäquate Verursachung der Aufwendungen des Geschädigten noch auf ein etwaiges Verschulden des Geschädigten oder Dritter an: Die adäquate Verursachung der Aufwendungen "langt" einerseits "nicht hin", um die Ersatzpflicht des Geschädigten zu begründen, wenn die Aufwendungen nicht auch "erforderlich" waren[2]. Andererseits können die "erforderlichen" Aufwendungen verlangt werden, bevor sie entstanden sind oder ohne daß sie überhaupt entstehen[3], also ohne daß sie auch nur im "natürlichen Sinne" verursacht[4] worden sind. Der Gesichtspunkt der Fahrlässigkeit "hat auszuscheiden"; die Anwendung des § 254 "steht gar nicht in Frage"[5].

Es ist nicht zutreffend, wenn das LG Mannheim[6] meint, der Weg führe doch zu den allgemeinen Grundsätzen des Schadensersatzrechts (und nicht zu § 249 Satz 2), wenn man den "Schaden" nicht in der Beeinträchtigung der Person oder Sache, sondern in den Aufwendungen erblicke, die der Geschädigte zum Zwecke der Heilung oder Reparatur macht. Geht man von ersterem aus, was m.E. richtig ist, so stellt sich die Frage nach dem Umfang der vom Schädiger geschuldeten Leistung dahingehend, was er für einen bestimmten, adäquat verursachten Personen- oder Sachschaden als Schadensersatzleistung zu erbringen hat. Diese Fragestellung führt direkt zu § 249 Satz 2, weil hier gesagt ist, daß der Geschädigte (nur) den zur Herstellung erforderlichen Betrag verlangen kann. Erblickt man den "Schaden" in den Aufwendungen des Geschädigten zur Heilung oder Reparatur, so muß man eben berücksichtigen, daß für die Bestimmung des Umfangs, in dem diese Aufwendungen zu "ersetzen" sind, nicht die sonst im Schadensersatzrecht maßgebenden Grundsätze gelten, sondern die Vorschrift des § 249 Satz 2. Esser[7] formuliert: "Für die Fälle des Personen- und Sachschadens gibt § 249, 2 die Norm, daß der Gläubiger statt der Herstellung den 'dazu erforderlichen' Geldbetrag verlangen kann. Objektiv unnötige Mehrkosten sind also wohl 'Schaden', können aber nicht liquidiert werden, weil sie die primär ge-

---

1) Im Grundsatz wie hier Fritz, MDR 66, 816.
2) RG JW 38, 590.
3) Siehe oben S. 8 f., insbesondere S. 9 Fußn. 1.
4) Dazu unten S. 21.
5) RGZ 71, 212 (214 f.)
6) VersR 67, 1101 (1102).
7) Lehrbuch, § 49, 1 b.

schuldeten Herstellungskosten übersteigen."[1]

4. Zusammenfassung

a) § 249 Satz 2 beantwortet die Frage, welche Geldsumme der Schädiger zu bezahlen hat, wenn er wegen eines bestimmten Personen- oder Sachschadens zum Schadensersatz durch Herstellung verpflichtet ist und der Geschädigte von der Herstellung in der Form des § 249 Satz 1 Abstand nimmt: Der Schädiger hat den Betrag zu bezahlen, der für die Beseitigung eines derartigen Schadens objektiv erforderlich ist, mag der Geschädigte mehr oder weniger oder überhaupt nichts aufgewendet haben[2].

b) Der Vorschrift des § 249 Satz 2 ist nicht zu entnehmen, ob der Schädiger für eine durch fehlerhafte Maßnahmen bei der Schadensbehebung entstehende Vertiefung des realen Schadens verantwortlich ist, d.h. ob er wegen des alsdann am beschädigten Gut vorhandenen Gesamtschadens Ersatz zu leisten hat, sei es durch Herstellung, sei es durch Entschädigung in Geld. Ebensowenig gibt die Bestimmung eine Auskunft darüber, ob der Schädiger für eine auf die gleiche Weise zustandegekommene Ausdehnung des mittelbaren Schadens haftet.

c) Zunächst muß geprüft werden, ob zwischen dem haftungsbegründenden Vorgang und der Schadenserweiterung ein adäquater Kausalzusammenhang besteht[3].

---

1) Weil sie nicht liquidiert werden können, selbst wenn sie adäquat verursacht worden sind, sind erhöhte Heilungs- oder Reparaturkosten in dieser Arbeit, wie sich schon aus dem Gesamtzusammenhang der Darstellung ergibt, nicht angesprochen, wenn von "Schadenserweiterung" oder "Ausdehnung des mittelbaren Schadens" die Rede ist.

2) Beachte jedoch S. 13 Fußn. 2 a.E.

3) Die adäquate Verursachung des Grundschadens, also desjenigen Schadens, der auch bei ordnungsgemäßer Wiederherstellung entstanden wäre, wird vorausgesetzt. Sie dürfte im allgemeinen auch nicht zweifelhaft sein. Sie ist es beispielsweise, wenn der Schaden durch Eingriffe Dritter oder des Geschädigten selbst schon vor der Schadensbehebung oder unabhängig von ihr vergrößert wird, etwa dadurch, daß der Geschädigte die Veranlassung

Fortsetzung der Fußnote auf Seite 18.

Erst wenn die Adäquanz bejaht ist, ist weiter zu fragen, ob der auf Ersatz der Schadenserweiterung gerichtete Anspruch des Geschädigten gegen den Schädiger nach Maßgabe der §§ 254, 278 zu verkürzen ist. Die Vorrangigkeit der Prüfung des adäquaten Kausalzusammenhangs bedarf der Begründung.

Fortsetzung der Fußnote von S. 17.

der Schadensbehebung verzögert, obwohl diese zur Verhütung weiteren Schadens unerläßlich ist. In einem derartigen Falle ist schon die adäquate Verursachung des Grundschadens fraglich, weil in dem Eingriff des Dritten oder des Geschädigten eine "Unterbrechung des Kausalzusammenhangs" vergl. dazu unten S. 21 f) liegen könnte.

III. Adäquanz und Mitverschulden

Hans Wolfgang Schmidt hat sich dafür ausgesprochen, dem Schädiger auch die Haftung für den von der Reparaturwerkstatt verursachten weiteren Schaden aufzubürden[1]. Nach seiner Auffassung ist der Geschädigte für ein Verschulden der Werkstatt nicht nach den §§ 254, 278 verantwortlich. Er führt u.a. aus, die Schadenserweiterung liege nicht außerhalb aller Wahrscheinlichkeit und sie stehe daher mit dem schadenstiftenden Ereignis, für dessen Folgen der Schädiger aufzukommen habe, noch in einem adäquaten Kausalzusammenhang[2]. Böhmer schreibt, diese Ausführung seien abwegig. Abgesehen davon, daß "hier eine solche 'Adäquanz' doch äußerst zweifelhaft" sei, würde dadurch nichts daran geändert, daß das Verschulden der Reparaturwerkstätte nach den §§ 254, 278 dem Geschädigten zuzurechnen sei und zu einer Verminderung seiner Schadensersatzansprüche führen müsse[3].

Abwegig sind die Darlegungen Schmidts zur Adäquanz sicherlich nicht. Das Mitverschulden des Geschädigten oder seiner Hilfspersonen begründet eine Einwendung des Schädigers gegen den bestehenden Schadensersatzanspruch des Geschädigten[4]. Besteht zwischen der Folge, für die Ersatz begehrt wird, und dem schadenstiftenden Ereignis ein adäquater Kausalzusammenhang n i c h t, so scheidet ein Schadensersatzanspruch schlechthin aus. § 254 bleibt außer Betracht. Wer den Schaden nicht adäquat verursacht hat, ist weder bei mangelndem Mitverschulden nach allgemeinen Grundsätzen zum Ersatz verpflichtet, noch hat er im Falle des Mitverschuldens "eine Regelung der Ersatzpflicht nach § 254 zu gegenwärtigen"[5]. Fehlt die Adäquanz, "so hat das Gericht nicht zu ermessen, ob es den Ersatzanspruch nach § 254 ganz oder teilweise ablehnen will, sondern es hat den Anspruch vollständig abzuweisen, ohne daß § 254 überhaupt in Frage kommt"[5]. Der Anspruch ist nach § 254 nur dann herabzusetzen, wenn er nach allgemeinen Regeln begründet ist[6], also nur, wenn zwischen Schaden und

---

1) DAR 61, 156; VersR 65, 1136 ff.
2) VersR 65, 1138.
3) MDR 66, 204; vergl. auch Böhmer, NJW 67, 22.
4) Vergl. Palandt-Danckelmann, Anm. 7 zu § 254.
5) Planck-Siber, Anm. 2 a zu § 254.
6) Enneccerus-Lehmann, § 16 II.

haftungsbegründendem Vorgang ein adäquater Kausalzusammenhang besteht[1].

Zunächst ist also zu klären, ob die Schadenserweiterung dem Schädiger nach allgemeinen Grundsätzen zuzurechnen ist. Es wird sich zeigen, daß eine differenzierende Beurteilung vorgenommen werden muß: Die Schadenserweiterung ist dem Schädiger im allgemeinen zuzurechnen, in einigen Fällen jedoch nicht. In diesen Ausnahmefällen ist die Frage nach der Haftung des Schädigers für die Schadenserweiterung mit der Verneinung der Zurechnung beantwortet: Er haftet nicht. Nur in den Fällen, in denen die Zurechnung erfolgt, erhebt sich die weitere Frage, ob der an sich begründete Anspruch des Geschädigten auf Ersatz der Erweiterung nach Maßgabe der §§ 254, 278 ganz oder teilweise verneint werden kann.

---

1) RG HRR 1942 Nr. 480; Erman-Sirp, Anm. 1 zu § 254.

IV. Die zurechenbare Verursachung der Schadenserweiterung

Das haftungsbegründende Ereignis ist conditio sine qua non für die Schadenserweiterung. Es kann nicht hinweggedacht werden, ohne daß die Schadenserweiterung entfiele: Ohne den haftungsbegründenden Vorgang hätte der Geschädigte überhaupt keinen Schaden erlitten und folglich auch keinen Arzt oder anderen Sachkundigen zugezogen. Deshalb wäre ihm auch die Schadenserweiterung erspart geblieben, die er anläßlich der Schadensbehebung erleidet. Zwischen dem haftungsbegründenden Ereignis und der Schadenserweiterung besteht also ein "natürlicher ursächlicher Zusammenhang"[1].

Fraglich ist, ob ein "ursächlicher Zusammenhang im Rechtssinne"[2] besteht, d.h. ob man annehmen kann, die Schadenserweiterung sei in zurechenbarer Weise verursacht[3]. Denn auch das fehlerhafte Verhalten der zur Schadensbehebung tätigen Personen ist conditio sine qua non für die Schadenserweiterung: Wäre die Behebung des Schadens ordnungsgemäß durchgeführt worden, so wäre die Schadenserweiterung nicht entstanden[4]. Es handelt sich also um einen Fall kumulativer Kausalität[5]. Die Zurechnung kumulativ verursachter Schäden bereitet stets besondere Schwierigkeiten[6]. Es stellt sich die Frage - so hat man früher formuliert -, ob das Verhalten des später eingreifenden Teils eine "Unter-

---

1) Vergl. dazu Larenz, SchR I, S. 157 Fußn. 1; Bydlinski, Probleme, S. 7ff.

2) RGZ 140, 1 (9).

3) Vergl. Larenz, SchR I, S. 155 ff.

4) "Hinwegzudenken" ist nicht das Eingreifen des Sachkundigen überhaupt, sondern sein Verstoß gegen eine Sorgfaltspflicht; vergl. dazu Rother, Haftungsbeschränkung, S. 53 Fußn. 3; RGZ 69, 57; OLG Bremen VersR 65, 1008. Der Sorgfaltsverstoß kann auch in der Unterlassung der zur Verhütung weiteren Schadens gebotenen Maßnahmen liegen. Vergl. zur Kausalität der Unterlassung Larenz, NJW 53, 686.

5) Vergl. Rother, NJW 65, 177 ff., insbes. S. 178 f. Die Terminologie ist nicht einheitlich.

6) Vergl. etwa Rother, aaO; Dunz, NJW 66, 134 ff.

brechung des Kausalzusammenhangs im Rechtssinne" bewirkt[1].

1. Die Ergebnisse der Rechtsprechung

Das Reichsgericht hat die Folgen eines ärztlichen Kunstfehlers dem Schädiger nur dann nicht zugerechnet, wenn auf seiten des Arztes ein besonders grober Pflichtverstoß vorlag[2]. In einem Urteil aus dem Jahre 1933[3] entschied es für den Fall des Verschuldens des Rechtsanwalts des Geschädigten entsprechend. In dieser Entscheidung findet sich folgende Formulierung[4]: "Eine Unterbrechung des ursächlichen Zusammenhangs im Rechtssinne (kommt) nur dann in Frage, wenn der vom Beschädigten zugezogene und mit der Angelegenheit befaßte Sachkundige alle Regeln und Erfahrungen derart gröblich außer acht läßt und jede berechtigte Erwartung in ein vernünftiges und gewissenhaftes Verfahren derartig täuscht, daß der Mißerfolg seiner Bemühungen auf diesen außergewöhnlichen Umstand zurückgeführt werden muß." Der BGH hält an diesen Grundsätzen fest[5].

Wenn die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Fehler des Arztes und des Rechtsanwalts Zustimmung verdient, besteht keine Veranlassung, beim Versagen des Fachmanns, der zur Behebung eines Sachschadens tätig wird, anders zu entscheiden[6].

---

1) Vergl. RGZ 140, 1 (9); von "Unterbrechung des Kausalzusammenhangs" spricht man zuweilen auch dann, wenn schon der natürliche ursächliche Zusammenhang fehlt, der hier besteht (s. oben S. 21); vergl. Esser, § 60, 9 a; Enneccerus-Lehmann, § 15 III 3 (Zusatz).

2) JW 11, 754 (755) = SeuffArch. 67 Nr. 57; JW 13, 322; Recht 1921 Nr. 2176 und Nr. 2558; JW 21, 741 (742); RGZ 102, 230 = JW 21, 1236; HRR 28 Nr. 831; JW 36, 1356 (1357); JW 37, 990.

3) RGZ 140, 1.

4) S. 9.

5) BGHZ 3, 261 (268) = VersR 52, 128 (129); NJW 63, 1671 (1672); VersR 67, 380 (381).

6) So offensichtlich auch BGHZ 3, 261 (268); v. Caemmerer, Kausalzusammenhang, S. 18; Erman-Drees, Vorb. 5 d dd v. § 823; Esser § 60, 9 b; Palandt-Danckelmann, Vorb. 5 d cc v. § 249; a. A. möglicherweise Rot-

Fortsetzung der Fußnote auf Seite 23.

Danach wäre die Schadenserweiterung dem Schädiger grundsätzlich zuzurechnen. Eine Ausnahme wäre nur bei grob sachwidrigem Verhalten der zur Schadensbehebung zugezogenen Personen zu machen. So könnte man beispielsweise daran denken, in dem vom OLG Bremen entschiedenen Falle[2] die zweite oder wenigstens die angesichts der Umständlichkeit und Zeitdauer der Lieferung fast unglaubliche dritte Fehlbestellung des Ersatzteils und den darauf zurückzuführenden Ausfall des Wagens als nicht mehr zurechenbare Unfallfolgen anzusehen.

Die Zurechnung aller Schadensfolgen, die nicht gerade auf groben Fehlgriffen der mit der Schadensbehebung befaßten Sachkundigen beruhen, ist zwar gelegentlich als sehr weitgehend bezeichnet worden[3]. Doch werden die Ergebnisse der Rechtsprechung im Schrifttum ausdrücklich oder stillschweigend gebilligt[4].

Fortsetzung der Fußnote von S. 22.

her, NJW 65, 182, der offenbar annimmt, die Rechtsprechung zum ärztlichen Kunstfehler erscheine aufgrund der besonderen Bedingungen der ärztlichen Behandlung gerechtfertigt. Er führt aus, wenn die Rechtsprechung die Zurechnung bei grob fehlerhaften ärztlichen Maßnahmen verneine, so verfolge sie das - wie Rother meint - richtige Ziel, den Unfallschuldigen und den Arzt getrennt für denjenigen Schaden haftbar zu machen, der ihrem Verhalten gemäß sei. Die Lösung im Falle des gewöhnlichen Arztverschuldens dürfte dagegen mehr im Hinblick auf die Schwierigkeit der Beweisführung und aus der Erwägung heraus entstanden sein, daß - zumal in Eilfällen - eine zu 100% unanfechtbare und kunstgerechte ärztliche Maßnahme nicht immer zu erwarten sei, wie denn überhaupt die Maßnahmen der Heilkunst mit dem für einfache technisch-handwerkliche Verrichtungen passenden Begriffspaar Richtig und Falsch nicht immer gerecht beurteilt werden könnten. Vergl. dazu auch unten S. 64 f.

2) Siehe oben S. 1.

3) Heinrich Lange, AcP 156, S. 119 Fußn. 33; Larenz, NJW 55, 1009 f.

4) Blomeyer, S. 170; v. Caemmerer, aaO, S. 18 f.; Enneccerus-Lehmann, § 15 III 3; Erman-Drees, Vorb. 5 d dd v. § 823; Esser, § 60, 9 b; Fikentscher, S. 273; Hermann Lange, Gutachten, S. 53; Larenz, SchR I, S. 159; Leonhard I, S. 154 f.; Oertmann, Anm. 1 a zu § 254 (S. 79); Palandt-Danckelmann, Vorb. 5 d bb, cc v. § 249; Planck-Siber, Anm. 4 c zu § 249; RGR Komm., Anm. 34 zu § 249; Soergel-Schmidt, Rand-

Fortsetzung der Fußnote S. 24.

Im folgenden soll der Gedanke verdeutlicht werden, der es rechtfertigt, die Schadenserweiterung dem Schädiger regelmäßig zuzurechnen und seine Verantwortlichkeit auszuschließen, wenn ein grob sachwidriger Eingriff vorliegt.

2. Der Risikogedanke

Das Reichsgericht ging von der Adäquanztheorie aus, nach der der Schädiger für eine Folge verantwortlich ist, wenn sie dem haftungsbegründenden Ereignis "adäquat" ist, d.h. wenn sie "nicht außerhalb aller Wahrscheinlichkeit liegt"[1]. Das Gericht hielt ein fehlerhaftes Verhalten der mit der Schadensangelegenheit befaßten Personen für eine adäquate Folge des haftungsbegründenden Vorgangs, wenn nicht ein grob sachwidriger Eingriff gegeben war[2,3]. Nun hat v. Caemmerer wohl mit Recht darauf hingewiesen, daß man bei den schwierigen Aufgaben, die heutzutage nicht nur von besonders befähigten und zuverlässigen Persönlichkeiten, sondern vom Durchschnittsmenschen erfüllt werden müssen, nicht sagen kann, grobe Fehler lägen außerhalb aller Wahrscheinlichkeit und seien daher nicht mehr adäquate Folgen[4].

Fortsetzung der Fußnote von S. 23.
nr. 33 zu §§ 249 - 253; Staudinger-Werner, Vorb. 45 v. §§ 249 - 255; Wussow, Unfallhaftpflichtrecht, Randnr. 79; mit Einschränkungen Wolf, Normzweck, S. 46 ff.

1) RGZ 152, 397 (401); vergl. zur Entwicklung und Ausgestaltung der Adäquanztheorie im einzelnen Lindenmaier, ZHR 113, 207 ff. sowie BGHZ 3, 261 (265 ff.).

2) Von den oben 22 Fußn. 2 genannten Entscheidungen hierin eindeutig insbesondere RG JW 21, 741 (742), wo es heißt, es handle sich lediglich (!) um die folgerichtige Anwendung der in der Rechtsprechung des RG über die Beschränkung auf den adäquaten Kausalzusammenhang feststehenden Grundsätze. Vergl. aber auch unten S. 26 Fußn. 2 .

3) Die Adäquanz zwischen dem Eingriff des Dritten als einem Zwischenglied in der Kausalkette und dem daraus entstehenden Schaden ist regelmäßig nicht problematisch: Es liegt sicherlich nicht außerhalb aller Wahrscheinlichkeit, daß falsche Spritzen oder fehlerhafte Bestellungen von Ersatzteilen zu einer Erweiterung des Schadens führen.

4) AaO, S. 18 f.

Mit den Mitteln der heute gegenüber der Adäquanzlehre als reiner Kausaltheorie an Boden gewinnenden Schutzzwecktheorie lassen sich die Ergebnisse der Praxis ebenfalls nicht erklären. Diese Lehre begrenzt den Kreis der zurechenbaren Folgen nach dem Schutzzweck der verletzten Norm[1]. Sie liefert damit in den Fällen der Schadenserweiterung durch fehlerhafte Eingriffe Dritter keine geeigneten Abgrenzungsgesichtspunkte. Das wird schon deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß es sich hier um ein Problem handelt, das bei jedem beliebigen Haftungsgrund auftauchen kann, ungeachtet dessen aber stets einheitlich gelöst werden muß[2]. Man findet auch in den Äußerungen der Verfechter des Schutzzweckgedankens zu dieser Frage eine Argumentation aus dem Schutzzweck der konkreten, als haftungsbegründend in Betracht kommenden Normen nicht[3].

Nun wird die Rechtsprechung allgemein gebilligt[4]. Deren Ergebnisse erscheinen also offenbar aus einem besonderen Grunde gerechtfertigt. Es handelt sich entweder um einen Gedanken, der allen generalisierenden Zurechnungstheorien immanent ist, oder um einen Gesichtspunkt, der so eindeutig zu Buche schlägt, daß die Rechtsprechung zutreffend erscheint, obwohl sich ihre Ergebnisse aus den Grundzügen dieser Theorien nicht erklären lassen.

Das entscheidende Kriterium hat der BGH beim Namen genannt, und zwar bei der Entscheidung eines besonders gelagerten Falles. Der Gerichtshof hatte sich schon wiederholt mit Fällen zu befassen, in denen die Ärzte nicht nur die vom Schädiger angerichtete Verletzung behandelten, sondern aus Anlaß dieser Behandlung noch andere Eingriffe vornahmen, die zwar kunstgerecht durchgeführt wurden, aber dennoch zu Komplikationen führten. Während der BGH im ersten Falle[5] die Adäquanz des weiteren Schadens verneint hat, hat er im zweiten[6] sinngemäß ausgeführt: Da der Eingriff seiner Art und seinem Ziel nach nicht

---

1) Dieses Verständnis der Schutzzwecktheorie wird jedenfalls hier zugrundegelegt; vergl. dazu Thomas Raiser, JZ 63, 462 ff., insbes. S. 464 unter III.

2) Vergl. Thomas Raiser, aaO, S. 465 (unter IV.).

3) Vergl. v. Caemmerer, aaO; Hermann Lange, aaO; Wolf, aaO.

4) Siehe oben S. 23 Fußn. 4 .

5) BGHZ 25, 86 = NJW 57, 1475 = VersR 57, 535.

6) NJW 63, 1671 (1672) = VersR 63, 486 (487 f.).

auf die Behandlung der Unfallverletzung gerichtet sei, werde durch ihn ein neues, unfallunabhangiges Risiko eingeführt, das außerhalb des weiten Gefahrenfeldes liege, auf das der Verletzte durch den Unfall wider seinen Willen verbracht worden sei. Was dem Verletzten auf diesem Felde nach aller menschlicher Erfahrung zustoßen könne, sei dem Schädiger freilich zuzurechnen, so insbesondere auch ein ärztlicher Kunstfehler. Denn es entspreche dem Sinn und Zweck des Schadensersatzes, dem Verletzten Ausgleich auch hinsichtlich eines ungewöhnlichen und unglücklichen Verlaufs zu gewähren, weil er ihm ohne das haftungsbegründende Ereignis nicht ausgesetzt worden wäre. Aus diesem Gesichtspunkt lasse sich aber nicht rechtfertigen, dem Schädiger Gefahren aufzubürden, die nicht schon der konkrete Ablauf von selbst mit sich gebracht habe, sondern die ohne unfallbedingten Bezug rein äußerlich und zusätzlich daran geknüpft worden seien.

Der BGH hat also in diesen besonderen Fällen die Haftung des Schädigers für die Vergrößerung des Schadens verneint[1]. Aber seine Ausführungen in der zweiten Entscheidung machen unmittelbar deutlich, warum die Zurechnung der Schadenserweiterung dann gerecht erscheint, wenn sie bei der Behebung des vom Schädiger zu verantwortenden Personen- oder Sachschadens eintritt. Sie erscheint gerecht, weil sich hier mit der Entstehung der Schadenserweiterung ein Risiko realisiert, das der Schädiger mit der Beschädigung der Güter des Geschädigten geschaffen hat[2].

Ist aber der Risikogedanke maßgeblich, so kann auch die von der Rechtsprechung gemachte Einschränkung erklärt werden. Die Prüfung der Zurechnungsfrage er-

---

1) Vergl. dazu Larenz, SchR I, S. 159 f.; ferner Hermann Lange, aaO, S. 53 f.

2) Vergl. dazu auch Wolf, aaO, S. 50. Übrigens hat sich auch das RG in einer der oben S. 22 Fußn. 2 genannten Entscheidungen (auch in der schriftlichen Urteilsbegründung) auf den Risikogedanken gestützt. Es heißt in JW 11, 754 (755): "Vielmehr kommen selbst in der sorgfältigsten ärztlichen Praxis Fehler und Unrichtigkeiten vor. Wenn der Zweitkläger dieser unvermeidlichen Gefahr notgedrungen hier deshalb ausgesetzt wurde, weil der Beklagte die notwendig gewordene ärztliche Behandlung verschuldet hat, so muß auch der Beklagte diese Gefahr auf sich nehmen und für die nachteiligen Folgen, die sich für den Zweitkläger aus der unzureichenden Wundbehandlung ergaben, einstehen." Hervorhebung vom RG.

fordert stets eine "wertende Beurteilung"[1]. Wertende Beurteilung eines Risikos heißt Abschätzung eines Risikos. Bei der Abschätzung eines Risikos kommt es aber nicht nur auf die statistische Häufigkeit der Realisierung einer Gefahr an, sondern auch darauf, welche Risiken im Verkehr üblicherweise als solche empfunden werden[2]. Mit einem ärztlichen Versehen muß man rechnen, weil es "selbst in der sorgfältigsten ärztlichen Praxis" vorkommen kann[3]. Unregelmässigkeiten in Reparaturwerkstätten, die heutzutage oft überlastet sind[4], fürchtet jeder Besitzer eines Kraftwagens. Besonders krasse, außerordentliche Fehlgriffe aber treffen den Verkehr überraschend. Sie liegen aus diesem Grunde nicht - wie der amerikanische Richter sagen würde - "within the risk"[5].

Als Zwischenergebnis ist damit festzuhalten: Die Schadenserweiterung ist dem Schädiger nach allgemeinen Regeln zuzurechnen, sofern nicht ein grob sachwidriger Eingriff vorliegt. Ob er darüber hinaus nach Maßgabe der §§ 254, 278 entlastet werden kann, ist im folgenden zu untersuchen.

---

1) BGHZ 18, 286 (288); vergl. dazu Larenz, SchR I, S. 157 Fußn. 1.
2) Vergl. Larenz, SchR I, S. 158.
3) Vergl. oben S. 26 Fußn. 2 .
4) Vergl. Steffani, VersR 67, 923 (unter V.).
5) Vergl. v. Caemmerer, aaO, S. 19, der allerdings meint, auch grobe Fehler lägen "within the risk", wenn man den Verletzer hier entlasten wolle, so sei der Gedanke wohl der, daß man vom durchschnittlichen Funktionieren unserer gesellschaftlichen Einrichtungen ausgehe und ihm die Gefahr ihres Versagens nicht in so weitgehendem Maße aufbürden wolle.

TEIL 2: ÜBER DIE ANWENDUNG DER §§ 254, 278

I. Überblick

1. Mitverursachung und Teilung des Schadens

Nach § 254 entfällt die Ersatzpflicht ganz oder teilweise, wenn bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Geschädigten mitgewirkt hat (Abs. 1), oder wenn es der Geschädigte schuldhaft unterlassen hat, den Schädiger auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen (Abs. 2 Satz 1, 1. Teil), den Schaden abzuwenden oder zu mindern (Abs. 2 Satz 1, 2. Teil). Die Anwendung der Vorschrift setzt voraus, daß das schuldhafte Verhalten des Geschädigten wenigstens für einen Teil des Schadens mitursächlich ist[1]. Dabei muß der vom Geschädigten mitverursachte Schaden eine zurechenbare, nach der Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang also adäquate Folge seines Verhaltens darstellen[2]. "Zwei Reihen adäquater Kausalität"[3] müssen also zum gemeinsam verursachten Schaden hinführen, nämlich einmal die vom haftungsbegründenden Vorgang ausgehende[4], zum andern diejenige, die im Verhalten des Geschädigten ihren Ursprung hat.

Unter diesen Voraussetzungen "hängt die Verpflichtung zum Ersatze sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht worden ist". Diese Rechtsfolge, ausgesprochen in Abs. 1, aber auch für Abs. 2 der Vorschrift gültig[5], beinhaltet in ihrem Kern, daß der Geschädigte für den gemeinsam verursachten Schaden keinen vollen Ersatz verlangen kann. Der gemeinsam verursachte Schaden ist zwischen ihm und dem Schädiger gleichsam zu verteilen. Dabei ist das Maß der beiderseitigen Verursachung und

---

1) Diese Voraussetzung gilt nicht nur für § 254 Abs. 1, wo sie deutlich zum Ausdruck kommt ("... Verschulden ... mitgewirkt..."), sondern für alle Tatbestände des § 254; vergl. OLG Celle NJW 53, 990 (991); Enneccerus-Lehmann, § 16, I 2.

2) Vergl. Enneccerus-Lehmann, aaO; Rother, Haftungsbeschränkung, S. 52 Fußn. 1 a.E.

3) Reimer Schmidt, Obliegenheiten, S. 105.

4) Vergl. dazu oben S. 19 f.

5) Er beginnt mit den Worten: "Dies gilt auch dann...".

des beiderseitigen Verschuldens zu berücksichtigen[1].

Nach § 254 Abs. 2 Satz 2 findet die Vorschrift des § 278 entsprechende Anwendung, nach der der Schuldner ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und seiner Erfüllungsgehilfen wie eigenes Verschulden zu vertreten hat. Der Geschädigte muß also auch eine Teilung des Schadens hinnehmen, den diejenigen Personen schuldhaft mitverursacht haben, für die er nach den §§ 254 Abs. 2 Satz 2, 278 verantwortlich ist.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß die Schadenserweiterung zwischen Schädiger und Geschädigtem zu verteilen wäre, wenn dieser das Verschulden der von ihm zur Behebung des Schadens zugezogenen Personen nach den genannten Bestimmungen vertreten müßte. Denn sowohl das haftungsbegründende Ereignis als auch das schuldhafte Verhalten der Sachkundigen sind für die Schadenserweiterung ursächlich[2]. Diese stellt sich auch als eine zurechenbare Folge sowohl des haftungsbegründenden Vorgangs[3,4] als auch des Verschuldens der Sachkundigen[5] dar. Es ist, wie schon mehrfach erwähnt, umstritten, ob der Geschädigte für das Verschulden der von ihm zugezogenen Sachkundigen nach den §§ 254 Abs. 2 Satz 2, 278 einstehen muß. Die folgenden Ausführungen möchten einen Beitrag zur Klärung dieser Frage leisten.

Zunächst ist jedoch hervorzuheben, daß ihre praktische Bedeutung in zweifacher Weise begrenzt ist.

a) Die Haftung des Schädigers für den Grundschaden wird durch eine Anwendung der §§ 254, 278 nicht berührt. Die Streitfrage betrifft lediglich die Haftung des Schädigers für den in der S c h a d e n s e r w e i t e r u n g bestehenden Teil des

---

1) H. M.; nach Art. 1 Nr. 1 des Referentenentwurfes (s. oben S. 12 Fußn. 2) soll § 254 Abs. 1 in Zukunft lauten: "... verursacht oder verschuldet worden ist." Rother, aaO, S. 55 ff., meint, eine Abwägung der beiderseitigen Verursachungsanteile sei nicht durchführbar.

2) Siehe oben S. 21 f.

3) Siehe oben S. 22 ff.

4) Vergl. aber oben S. 19 f., insbesondere S. 20.

5) Siehe oben S. 24 Fußn. 3.

Gesamtschadens[1]. Denn nur für die Schadenserweiterung ist das schuldhafte Verhalten der zur Schadensbehebung Tätigen mitursächlich. Und die Rechtsfolge des § 254 besteht eben darin, daß nur der vom Geschädigten oder den Personen, für die er nach den §§ 254 Abs. 2 Satz 2, 278 verantwortlich ist, mitverursachte Schaden zu teilen ist. Wenn der gesamte Schaden mitverursacht ist, so ist der gesamte Schaden zu teilen. Ist aber nur ein Teil des Schadens mitverursacht, so haftet der Schädiger für den von ihm allein verursachten Schaden voll und lediglich für den Rest des Schadens zu einem gemäß § 254 festzusetzenden Bruchteil.[2,3]

b) Damit ist schon der zweite Gesichtspunkt angesprochen, der die Bedeutung der Streitfrage einschränkt: Die Anwendung der §§ 254, 278 führt nur zu einer T e i l u n g der (gemeinsam verursachten) Schadenserweiterung; der auf Ersatz der Erweiterung gerichtete Anspruch des Geschädigten entfällt nicht schlechthin. Das wird offensichtlich nicht immer klar gesehen. So schreibt Böhmer, es sei fraglich, ob erhöhte Mietwagenkosten gemäß den §§ 254, 278 dem Geschädigten zur Last fallen würden, oder ob der Schädiger auch diese Kosten zu er-

---

1) Die auch in diesem Punkte erforderliche Klarheit läßt vor allem Böhmer vermissen, wenn er etwa ausführt, der Geschädigte müsse sich "eine entsprechende Minderung seiner Schadensersatzansprüche" gefallen lassen (MDR 66, 204).

2) Vergl. Planck-Siber, Anm. 2 a zu § 254; zögernd Rother, aaO, S. 56 f.

3) Die Streitfrage betrifft auch in denjenigen Fällen lediglich die Haftung des Schädigers für die Schadenserweiterung, in denen der Geschädigte für das Zustandekommen des schadenstiftenden Ereignisses etwa nach § 254 Abs. 1 oder nach § 17 Abs. 1 Satz 2 StVG mitverantwortlich ist. In diesen Fällen ist zwar schon der Grundschaden zwischen Schädiger und Geschädigtem zu verteilen; denn das mitwirkende Verschulden oder die Wirksamkeit der vom Geschädigten zu verantwortenden Sach- oder Betriebsgefahr bei der Entstehung des (ersten) Schadens ist für den daraus erwachsenden Gesamtschaden mitursächlich. Bei der Verteilung des Grundschadens hat aber ein Verschulden bei der Behebung des Schadens außer Betracht zu bleiben. Denn es ist auch in diesen Fällen nur für die Schadenserweiterung mitursächlich und kann daher allenfalls bei der Verteilung der Schadenserweiterung eine Rolle spielen. Vergl. dazu auch unten S. 32 Fußn. 3.

setzen habe[1]. Danach könnte man meinen, es handle sich um eine Disjunktion. Das ist nicht der Fall. Zwar bedeutet die Ablehnung der Anwendung der §§ 254, 278, daß der Schädiger für den Grundschaden und die Schadenserweiterung haftet. Aber wer für die Anwendung dieser Vorschriften eintritt, sagt damit nicht aus, der Schädiger hafte für die Schadenserweiterung überhaupt nicht. Er sagt nur, daß die Bahn frei ist für eine Verteilung der Schadenserweiterung eben im Sinne des § 254, die der Richter im einzelnen Falle vorzunehmen und zu begründen hat, und zwar unter Berücksichtigung der Verursachungs- und Verschuldensanteile des Schädigers auf der einen und des Sachkundigen auf der anderen Seite[2,3].

Auch die eingangs mitgeteilte Entscheidung des OLG Bremen ist in diesem Punkte unklar. Das Gericht hat dem Kläger die Mietwagenkosten für denjenigen Zeitraum zugesprochen, in dem der Wagen bei richtiger Bestellung des Ersatzteils ausgefallen wäre. Einen Anspruch auf Ersatz der darüber hinausgehenden Mietwagenkosten hat es schlechthin verneint und zur Begründung lediglich ausgeführt, der Kläger müsse sich ein Verschulden seiner Beauftragten, das zu einer Vergrößerung des Schadens führe, anrechnen lassen. Diese Begründung ist nicht ausreichend. Die bloße Feststellung, der Geschädigte sei für das Verschulden eines Dritten verantwortlich, rechtfertigt die hundertprozentige Kürzung seines auf Ersatz des gemeinsam verursachten Schadens gerichteten Anspruchs nicht. Zwar hätte das OLG einen Anspruch des Klägers auf Ersatz der Erweiterung auch ohne Verneinung der Adäquanz[4] in vollem Umfang allein aufgrund der §§ 254, 278 verneinen können; denn das Gesetz räumt dem Richter für die Verteilung des gemeinsam verursachten Schadens einen Spielraum ein, der von der Nichtberücksichtigung eines leichten Mitverschuldens bis zur völligen Streichung des An-

---

1) MDR 66, 203 f.

2) Richtig Belgard, VersR 67, 642; Palandt-Danckelmann, Anm. 4 b zu § 254 a.E.

3) Die Befürworter einer Anwendung der §§ 254, 278 stellen den Richter dabei vor besonders schwierige Abwägungsprobleme in denjenigen Fällen, in denen bei der Verteilung der Schadenserweiterung noch ein Verschulden des Geschädigten oder seiner Gehilfen beim Zustandekommen des schadenstiftenden Ereignisses zu berücksichtigen ist (vergl. oben S.31 Fuß.3); vergl. dazu Schneider, MDR 66, 455 ff.

4) Vergl. dazu oben S. 23.

spruchs bei schwerwiegendem Mitverschulden reicht[1]. Aber zur Begründung einer derart weitgehenden Entscheidung hätte das OLG etwa ausführen müssen, daß der Verursachungs- und Verschuldensanteil der Beauftragten des Klägers denjenigen des Beklagten bei weitem überwiege[2].

2. Ausgangspunkt der Diskussion

In Frage kommt die Anwendung des § 254 Abs. 2 Satz 1, 2. Teil i.V.m. §§ 254 Abs. 2 Satz 2, 278 Satz 1. Denn das mitwirkende Verschulden vor oder beim Zustandekommen des haftungsbegründenden Vorgangs ist in § 254 Abs. 1, dasjenige nach dem Verletzungsfall (Esser) in § 254 Abs. 2 Satz 1, 2. Teil geregelt[3], und Fehler bei der Behebung des Schadens folgen dem Verletzungsfall nach.

Bei der Frage nach der Verantwortlichkeit des Geschädigten für das Verschulden eines Dritten nach dem Verletzungsfall läßt man sich im allgemeinen von folgenden Grundsätzen leiten: Nach § 254 Abs. 2 Satz 1, 2. Teil ist der Geschädigte gegenüber dem Schädiger verpflichtet, den drohenden Schaden abzuwenden und den bereits eingetretenen zu mindern. Es trifft ihn eine Schadensabwendungs- und -minderungspflicht[4]. Der Geschädigte hat das Verschulden eines Dritten dann zu vertreten, wenn er sich des Dritten zur Erfüllung seiner Schadensminderungspflicht[5] bedient hat[6,7].

---

1) RGR Komm., Anm. 87 zu § 254, mit Nachweisen.

2) Vergl. etwa RGZ 167, 76 (79,84); vergl. zur Abwägung auch noch unten S. 64 Fußn. 2.

3) Die Warnpflicht des § 254 Abs. 2 Satz 1, 1. Teil gehört systematisch zu § 254 Abs. 1; vergl. Esser, § 64, 4 a.

4) Es handelt sich um eine echte Rechtspflicht, eine aus § 242 abzuleitende Diligenzpflicht, eine Obliegenheit, etwas einer Verbindlichkeit Ähnliches oder dergleichen; vergl. Reimer Schmidt, Obliegenheiten, S. 169.

5) Schadensabwendungspflicht und Schadensminderungspflicht sind im Grunde dasselbe; vergl. dazu unten S. 42 ff.

6) Vergl. Venzmer, Mitverursachung, S. 188; siehe aber unten S. 53 ff., insbes. S. 56.

7) Eine über die Schadensminderungspflicht hinausgehende Sonderverbindung

Fortsetzung der Fußnote auf S. 34.

Dementsprechend hat sich der Streit um die Verantwortlichkeit des Geschädigten für die von ihm zur Schadensbehebung zugezogenen sachkundigen Personen auf die Frage zugespitzt, ob er sich ihrer zur Erfüllung seiner Schadensminderungspflicht bedient, ob sie seine "Erfüllungsgehilfen" sind. Die eine Meinung erblickt in diesem Personenkreis geradezu die Prototypen der Erfüllungsgehilfen des Geschädigten. Die Gegenmeinung lehnt es im Anschluß an die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Verschulden des Arztes ab, Sachkundige zum Kreis der Erfüllungsgehilfen des Geschädigten zu rechnen[1].

Fortsetzung der Fußnote von Seite 33.

zwischen Schädiger und Geschädigtem setzt die entsprechende Anwendung des § 278 nach heute einhelliger Auffassung nicht voraus. Die Rechtsprechung, die im Gegensatz zum überwiegenden Teil des Schrifttums für die entsprechende Anwendung des § 278 im Rahmen des § 254 ein Schuldverhältnis zwischen Schädiger und Geschädigtem verlangt, erblickt eine ausreichende schuldrechtliche Beziehung im Falle des § 254 Abs. 2 Satz 1, 2. Teil in der Schadensminderungspflicht selbst; vergl. RGZ 140, 1 (7 f.); BGH JZ 51, 749. Daher kann die Verantwortlichkeit des Geschädigten für die von ihm zur Schadensbehebung zugezogenen Sachkundigen nicht mit dem Hinweis abgetan werden, zwischen ihm und dem Schädiger bestünden keine vertraglichen Beziehungen; so noch Endemann, Lehrbuch, Bd. I, § 132 Fußn. 25 (1903); Gottschalk, Das mitwirkende Verschulden, S. 123 (1903). Nach wie vor umstritten ist lediglich, ob im Falle des § 254 Abs. 1 eine über die von manchen angenommene Obliegenheit, sich vor Schaden zu bewahren, hinausgehende Sonderverbindung zwischen Schädiger und Geschädigtem gegeben sein muß. Die Rechtsprechung, die dies fordert, wendet hier beim Fehlen einer Sonderverbindung lediglich die Vorschrift des § 831 entsprechend an. Vergl. dazu aus der unübersehbaren Zahl von Stellungnahmen etwa Gernhuber, AcP 152, 69 ff. Vergl. auch die nächste Fußnote, S. 38 Fußn. 4.

1) Der Referentenentwurf (s. oben S. 12 Fußn. 2) schlägt vor (Art. 1 Nr. 1), den Satz 2 des § 254 Abs. 2 zu streichen und durch einen Abs. 3 folgenden Inhalts zu ersetzen:
"Die Vorschriften der §§ 31, 278, 831, 839 gelten entsprechend. Ist wegen Beschädigung einer Sache Ersatz zu leisten, so steht dem mitwirkenden Verschulden des Geschädigten das mitwirkende Verschulden desjenigen gleich, der auf Grund eines Rechts die tatsächliche Gewalt über die Sache ausübt."
Fortsetzung der Fußnote S. 35.

Fortsetzung der Fußnote von S. 34.

Daß die zur Behebung eines Sachschadens zugezogenen Fachleute aufgrund eines Rechts die tatsächliche Gewalt über die Sache ausüben, dürfte mindestens in den Fällen nicht zweifelhaft sein, in denen ihnen die beschädigte Sache zur Ausbesserung überlassen wird. Das Problem der Verantwortlichkeit des Geschädigten für die von ihm zur Schadensbehebung zugezogenen Sachkundigen könnte sich also, so scheint es, für die Fälle der Sachschadenshaftung weitgehend erledigen. Unzweifelhaft ist das jedoch nicht. Zunächst ist zu beachten, daß eine gesetzgeberische Lösung dieses Problems nicht beabsichtigt ist. Entschieden werden soll, daß der Geschädigte im Falle des Sachschadens für ein Verschulden Dritter bei der Entstehung des Schadens, also im Falle des § 254 Abs. 1, ohne die Möglichkeit der Exkulpation auch dann einzustehen hat, wenn zum Zeitpunkt der Schädigung eine Sonderverbindung zwischen ihm und dem Schädiger nicht gegeben war; vergl. dazu zunächst oben S. 33 Fußn. 7; ferner die Begründung des Entwurfs, S. 25 ff., wo es u.a. heißt, § 254 Abs. 3 Satz 2 ziehe eine besondere Folgerung aus dem namentlich von Larenz betonten Gesichtspunkt der Obhutspflicht (S. 28); vergl. dazu Larenz, SchR I, S. 182 ff. Ob eine entsprechende Ergänzung des § 254 auch die Tatbestände nach dem Verletzungsfall, also diejenigen des § 254 Abs. 2 Satz 1, 2. Teil, erfassen würde, erscheint fraglich. Jedenfalls müßte diese Frage zunächst sorgfältig geprüft werden. Gegen eine derartige Erstreckung spricht vor allem, daß der Geschädigte dann selbst für ein Verschulden derjenigen einstehen müßte, denen der Schädiger, der Ersatz nach § 249 Satz 1 leistet, die beschädigte Sache zur Herstellung übergibt. Das wäre m.E. eine offensichtlich ungerechte Lösung.

II. Darstellung des Meinungsstreits

1. Erste Meinungsgruppe (Anwendung der §§ 254, 278)

Venzmer, der den Standpunkt der einen Seite mit besonderem Nachdruck vertritt, führt aus, der Geschädigte habe nicht nur die wirtschaftlichen Nachteile eines Personen- oder Sachschadens abzuwenden oder zu mindern; er habe vielmehr dann, wenn die Beseitigung oder Eindämmung des Personen- oder Sachschadens eine Minderung der wirtschaftlichen Nachteile verspreche, auch und in erster Linie auf eine Beseitigung oder Eindämmung des Personen- oder Sachschadens hinzuwirken. Um dieser Verpflichtung gegenüber dem Schädiger nachkommen zu können, sei es u. U. erforderlich, einen Arzt zur Hilfe zu nehmen, etwa zur Vornahme einer die Arbeitsunfähigkeit ganz oder teilweise beseitigenden Operation[1]. Der Arzt helfe dem Patienten, gesund zu werden; er sei daher dessen typischer Erfüllungsgehilfe[2].

Zur Begründung seiner Auffassung, wonach sich der Geschädigte schuldhafte Versäumnisse der von ihm zur Durchführung der Kraftfahrzeugreparatur zugezogenen Personen anrechnen lassen muß, hat das OLG Bremen[3] ausgeführt: Im Rahmen der Schadensminderungspflicht habe der Geschädigte auch das Verschulden der Personen zu vertreten, deren er sich zur Vornahme derjenigen Handlungen bediene, die, wenn er sie selbst vornähme, "die Verletzung einer 'Verpflichtung gegen sich selbst' begründen würden".

---

1 Mitverursachung, S. 190.

2) AaO, S. 192; ähnlich Meyer, Recht 1924, 514; Planck-Siber, Anm. 5 zu § 254; Staudinger-Werner, Randnr. 68 zu § 254; im Grundsatz auch Stampe, JW 21, 741; im Ergebnis ebenso Eck-Leonhard I, S. 255; Schroeder, AcP 95, 298 (301, 309).

3) Siehe oben S. 1; wie das OLG Bremen haben entschieden die Landgerichte Bonn VersR 54, 407; Frankenthal VersR 56, 213; Konstanz VersR 61, 95; Bad Kreuznach VersR 61, 863 mit zust. Anm. Pienitz; Mannheim VersR 67, 1101 (vergl. zu dieser Entscheidung aber oben S. 13 ff., insbesondere S. 16 f.); Nürnberg-Fürth VersR 68, 156; ebenso, für das Verschulden der mit der Durchführung einer Schiffsreparatur betrauten Personen, schon Hamburg Recht 1914 Nr. 1076.

Vor allem Böhmer hat diese Entscheidung verteidigt[1]. Er meint, wenn ein unfallgeschädigter Kraftfahrer, "um gemäß § 254 BGB die Unfallschäden an seinem Kraftfahrzeug zu mindern", dieses einer Reparaturwerkstätte zur Beseitigung der Unfallschäden übergeben habe, so habe er sich "der Reparaturwerkstätte 'zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient'"; deshalb habe er deren Verschulden in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden. Es könne nicht im Ernst bestritten werden, daß sich der geschädigte Kraftfahrer der Reparaturwerkstatte bediene, um seine Verbindlichkeit der Schadensminderung gegenüber dem Schädiger zu erfüllen. Der Geschädigte habe nicht schon dann diese Verbindlichkeit vollständig erfüllt, wenn er eine Reparaturwerkstätte auswähle und dieser den Auftrag erteile; die Reparatur selbst müsse hinzukommen, auch diese gehöre zur Erfüllung und könne nicht künstlich von der Beauftragung abgetrennt werden[2].

2. Zweite Meinungsgruppe (Ablehnung der Anwendung der §§ 254, 278)

Für den Gegenstandpunkt hat die eingangs genannte Entscheidung des Reichsgerichts[3] grundlegende Bedeutung erlangt. Das Reichsgericht hat hier ausgeführt: Wenn die Beklagte den Kläger nach den §§ 254, 278 für ein Versehen des Arztes haftbar machen wolle, so beruhe dies auf einer irrigen Beurteilung des Inhalts der Verpflichtung, die § 254 dem Verletzten auferlege. Der Kläger habe nach dieser gesetzlichen Vorschrift mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt darauf hinwirken müssen, daß der Schaden sich mindere. Der Verkehr fordere im Falle einer nicht ganz geringfügigen Körperverletzung das Anrufen ärztlicher Hilfe, und zwar bei einem Arzte, der durch die staatliche Prüfung die Befähigung zu diesem Berufe dargetan habe. Abgesehen von Ausnahmefällen fordere die im Verkehr erforderliche Sorgfalt von dem Verletzten nicht, daß er die Leistungen des Arztes und die Richtigkeit seiner Anordnungen nachprüfe, was dem Kläger ja nur durch Zuziehung eines zweiten Sachverständigen möglich geworden wäre. "Der Kläger hatte also", so heißt es weiter, "die Ver-

---

1) MDR 66, 203 f.; NJW 67, 21 f.; wie Böhmer im Grundsatz Belgard, VersR 67, 642; Klimke, VersR 68, 30 ff.; Palandt-Danckelmann, Anm. 4 b zu § 254.

2) MDR 66, 203 f.

3) RGZ 72, 219 = JW 10, 63.

pflichtung, die § 254 ihm gegenüber der Beklagten auferlegte, dadurch vollständig erfüllt, daß er einen approbierten Arzt zuzog und dessen Anordnungen befolgte. Diese selbst aber waren nicht mehr Teil der nach § 254 vom Kläger der Beklagten geschuldeten Erfüllungsleistung, und darum geht es fehl, wenn die Beklagte auf Grund von § 278 den Kläger für ein vom Arzt begangenes Versehen haftbar machen will."[1,2]

Der BGH hat diese Rechtsprechung, soweit ersichtlich, nicht ausdrücklich bestätigt. Aber immerhin hat er die Frage, ob der Geschädigte nach den §§ 254, 278 für ein Verschulden seines Arztes einstehen muß, gar nicht geprüft in einem Falle, in dem diese Prüfung durchaus nahe lag. Er hat in NJW 51, 797 einfach ausgeführt, der Verletzte, der sich für dienstunfähig halte und seine Stellung aufgebe, obgleich Dienstunfähigkeit objektiv nicht vorliege, handle grundsätzlich nicht fahrlässig, wenn er der Ansicht seines behandelnden Arztes gefolgt sei[3].

Im zweiten der eingangs mitgeteilten Fälle hat das OLG Celle im Gegensatz zum OLG Bremen angenommen, die Reparaturwerkstatt sei weder Erfüllungs- noch Verrichtungsgehilfe[4] des Geschädigten, so daß er für den durch diese herbeigeführ-

---

1) Ebenso RG Recht 1913 Nr. 1708 = WarnR 1913 Nr. 131; RG DAR 1939 Nr. 135 (Sp. 219) (Urteil v. 14.9.1938 (VI 26/38)); OLG Kassel JW 37, 3026 = DJ 38, 45; zustimmend Erman-Sirp, Anm. 5 f zu § 254; Geigel, Haftpflichtprozeß, Kap. 7 Randnr. 33; Oertmann, Anm. 5 b zu § 254 (S. 90); Palandt-Danckelmann, Anm. 4 b zu § 254; RGR Komm., Anm. 47 u. 65 zu § 254; Wussow, Unfallhaftpflichtrecht, Randnr. 1275 u. 1284; derselbe, WJ 58, 27 f.

2) Schon vor diesem Urteil ebenso v. Leyden, Culpa-Compensation, S. 81 (1902); Kahn ArchBR 34, S. 360 Fußn. 37 (1910); im Ergebnis gleich auch schon Cohn, Gruch. 43, S. 125 (1899) und ihm folgend Josef, Gruch. 48, S. 266 Fußn. 3 (1904); Gottschalk, aaO; Endemann, aaO; vergl. zu den beiden letzteren oben S. 33 Fußn. 7 (S. 34), zu Cohn unten S. 44 Fußn. 3; S. 86 Fußn. 3.

3) Siehe im übrigen unten S. 66 ff.

4) Eine entsprechende Anwendung des § 831 (vergl. oben S. 33 Fußn. 7 (S. 34)) kommt schon deshalb nicht in Frage, weil die mit der Schadensbehebung befaßten Sachkundigen selbständige Unternehmer sind, für die der Geschäftsherr (der Geschädigte) im Rahmen des § 831 nicht verantwortlich ist; vergl. LG Hamburg VersR 65, 1038; Hörstel, VersR 67, S. 17 Fußn. 12; Klimke, VersR 68, 32; Schmidt VersR 65, 1138.

ten Schaden nicht nach den §§ 278, 831 verantwortlich gemacht werden könne[1]. Das OLG hat unter ausdrücklicher Bezugnahme auf RGZ 72, 219 den Gedankengang und die Formulierung dieses Urteils fast wörtlich übernommen: "Die von der Reparaturfirma durchzuführenden Maßnahmen waren kein Teil seiner eigenen - der Beklagten gegenüber - im Rahmen seiner Schadensminderungspflicht bestehenden - Verbindlichkeit."

Auch ein Teil des Schrifttums scheidet nicht nur Ärzte[2], sondern auch andere Sachkundige aus dem Kreis der Erfüllungsgehilfen des Geschädigten aus[3]. Soweit eine Begründung erfolgt, wird ebenfalls der Gedanke einer Begrenzung der Schadensminderungspflicht herangezogen, wobei zum Teil ausdrücklich auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Verschulden des Arztes hingewiesen wird[4]. Wussow schreibt, die Schadensminderungspflicht erschöpfe sich in der Auswahl einer geeigneten fachkundigen Person[5]. Schmidt nennt daneben weitere Verpflichtungen des Geschädigten bei Kraftfahrzeugschäden, so die Aufgaben, unverzüglich für die Einschaltung einer Werkstatt zu sorgen, einen Kostenvoranschlag einzuholen, auf eine beschleunigte Durchführung der Reparatur zu drängen usw.[6].

---

1) Wie das OLG Celle (NJW 62, 398 = MDR 62, 404) haben entschieden HansOLG Hamburg MDR 68, 239 = VersR 68, 504 (Leitsatz); LG Hamburg VersR 65, 1038; offenbar ebenso LG Göppingen VersR 64, 544; differenzierend LG Detmold VersR 67, 510 (vergl. dazu unten S. 72 ff., insbes. S. 73 Fußn. 5, 2. Absatz (S. 74)).

2) Siehe oben S. 38 Fußn. 1.

3) Fritz, MDR 66, 816; Hörstel, VersR 67, 16 f.; Ruhkopf, VersR 62, 930f.; Schmidt, DAR 61, 156; derselbe, VersR 65, 1136 ff.; Soergel-Schmidt, Randnr. 65 zu § 254; Wussow, Unfallhaftpflichtrecht, Randnr. 1208 u. 1284; derselbe, WJ 58, 27 f.; anscheinend ebenso Rother, Haftungsbeschränkung, S. 155 Fußn. 3 a. E.; Steffani, VersR 67, 923 (unter IV.); unentschieden Floegel-Hartung, Randnr. 8 zu § 12 StVG (S. 1524).

4) Schmidt, VersR 65, 1137 Fußn. 18; Hörstel, aaO, S. 17 Fußn. 10.

5) WJ 58, 27 f; vergl. aber unten S. 41 Fußn. 2.

6) VersR 65, 1137.

III. Verdeutlichung der Standpunkte

Die Gegenüberstellung beider Meinungen zeigt, daß es für die Frage, ob die vom Geschädigten zur Behebung des Schadens zugezogenen Personen als seine Erfüllungsgehilfen anzusehen sind, auf den Inhalt der Schadensminderungspflicht ankommt. Während die eine Auffassung die Tätigkeit der Sachkundigen in den Pflichtenkreis des Geschädigten einbezieht, gibt die Gegenmeinung der Schadensminderungspflicht einen Inhalt, der es "unmöglich macht"[1], Ärzte und andere Sachverständige[2] zum Kreis der Erfüllungsgehilfen des Geschädigten zu rechnen.

Ohne daß dabei bereits zu der einen oder anderen Auffassung sachlich Stellung genommen werden soll, sind im folgenden Ungenauigkeiten und Formulierungsschwächen zu beseitigen, von denen beide Meinungsgruppen nicht frei sind.

a) Angreifbar sind zunächst die Ausführungen des Reichsgerichts, nach denen ein körperlich Verletzter seine Schadensminderungspflicht "dadurch vollständig erfüllt" haben soll, daß er einen Arzt zuzieht und dessen Anordnungen befolgt. Von einer vollständigen Erfüllung der Schadensminderungspflicht durch die vom Reichsgericht bezeichneten Einzelmaßnahmen kann in aller Regel schwerlich die Rede sein. Gerade ein körperlich Geschädigter ist bei Meidung seiner Mitverantwortlichkeit für spätere Schadensfolgen u. U. sein Leben lang gehalten, auf seinen beeinträchtigten Gesundheitszustand in verschiedenen Beziehungen Rücksicht zu nehmen. So hat er auch nach Abschluß einer ärztlichen Behandlung auf bleibende körperliche Mängel oder Anfälligkeiten bedacht zu sein, möglicherweise hat er sich einer beruflichen Umschulung zu unterziehen usw.

---

1) Vergl. Stampe, JW 21, 741.

2) Nicht nur die zur Behebung des Körper- oder Sachschadens tätigen Fachleute, um die es hier geht, sondern auch andere Sachverständige, wie Gutachter, Dolmetscher usw., fallen bei einer Begrenzung der Schadensminderungspflicht im Sinne der Rechtsprechung des RG und ihrer Anhänger aus dem Kreis der Erfüllungsgehilfen des Geschädigten heraus; vergl. Wussow, WJ 58, 27 f.; ferner OLG Oldenburg VersR 61, 71 (72); Ruhkopf, VersR 62, 930 f. Vergl. dazu auch unten S. 67 f.

Im Falle des Sachschadens ist der Geschädigte jedenfalls gehalten, einen geeigneten, als zuverlässig geltenden Fachmann zuzuziehen. Aber man kann nicht sagen, die Schadensminderungspflicht erschöpfe sich in der Auswahl einer geeigneten fachkundigen Person[1]. So ist der Geschädigte beispielsweise bei Kraftfahrzeugschaden, wenn das Fahrzeug durch den Unfall ausfällt, auf alle Fälle noch zur unverzüglichen Einschaltung einer Werkstatt und zur Sorge um eine mögliche Beschleunigung der Reparatur verpflichtet[2], weil der Umfang des mittelbaren Schadens, vor allem der Mietwagenkosten, vom Zeitpunkt der Instandsetzung des Fahrzeugs abhängt. Mit Recht nennen gerade die Anhänger des Grundgedankens der Rechtsprechung zum Arztverschulden daneben noch eine Vielzahl von Aufgaben des Geschädigten[3].

Die Schadensminderungspflicht entzieht sich jedoch einer Erfassung durch Aufzählung einzelner Pflichten. Sie ist zu begreifen als ein allgemeines Sorgfaltsverhalten, das dem Geschädigten zur Verhütung weiteren Schadens[4] obliegt. Es hängt ganz von den Umständen des Einzelfalls ab, welche Maßnahmen und Verhaltensweisen zur Verhütung weiteren Schadens geboten sind[5]. Wollte man also mit dem Reichsgericht und seinen Anhängern sachkundige Personen aus dem Kreis der Erfüllungsgehilfen des Geschädigten ausscheiden, so müßte man formulieren: Die Schadensminderungspflicht umfaßt dasjenige Sorgfaltsverhalten, dem der Geschädigte nach dem Verletzungsfall zur Verhütung weiteren Schadens selbst nachkommen kann[6,7].

---

1) So aber Wussow in WJ 58, 27 f.

2) Vergl. Schmidt, VersR 65, 1137; so jetzt auch Wussow, Unfallhaftpflichtrecht, Randnr. 1208.

3) Vergl. die Aufstellungen bei Schmidt, aaO; Soergel-Schmidt, Randnr. 55 zu § 254.

4) Vergl. dazu unten S. 42 ff.

5) Vergl. Mertens, Vermögensschaden, S. 174.

6) Ähnlich OLG Kassel aaO und im Anschluß an seine Formulierung Erman-Sirp, aaO.

7) Danach wären als Erfüllungsgehilfen des Geschädigten im Rahmen seiner Schadensminderungspflicht also nur Personen anzusehen, die ihm Aufgaben abnehmen, denen er auch selbst nachkommen könnte, beispielsweise seine Ehefrau, die er damit betraut, die Reparatur des beschädigten Wagens zu veranlassen; vergl. Wussow, WJ 58, S. 28 oben; ferner OLG Kassel Fortsetzung der Fußnote auf S. 42.

b) Auf der Seite der Gegenmeinung kann dem Ausgangspunkt Böhmers nicht zugestimmt werden, wonach der unfallgeschädigte Kraftfahrer seinen Wagen einer Werkstatt übergibt, "um gemäß § 254 BGB die Unfallschäden an (!) seinem Kraftfahrzeug zu mindern". Der Geschädigte, der von der Herstellung in der Form des § 249 Satz 1 Abstand nimmt, ist aufgrund des § 254 Abs. 2 Satz 1, 2. Teil nicht etwa dazu verpflichtet, schlechthin den vom Schädiger angerichteten Schaden zu beseitigen oder beseitigen zu lassen. Wenn bei einer leichten Karambolage an seinem schon etwas älteren Volkswagen Stoßstange oder Kotflügel verbogen werden, ohne daß dadurch die Betriebsfähigkeit oder -sicherheit des Wagens in irgendeiner Weise beeinträchtigt werden, so besteht für ihn keinerlei Rechtspflicht oder Obliegenheit, den Schaden "an seinem Kraftfahrzeug zu mindern". Er verliert auch seinen Anspruch auf Zahlung der Reparaturkosten (§ 249 Satz 2) nicht, wenn er mit verbogener Stoßstange oder beschädigtem Kotflügel weiterfährt[1].

Der Geschädigte hat bei Meidung seiner Mitverantwortlichkeit für spätere Schadensfolgen weiteren Schaden zu verhüten[2]. Die Wiederherstellung des beschädigten Gutes kann freilich das geeignete M i t t e l[3] zur Verhütung weiteren Schadens sein. Sie ist es, wenn ohne sie eine Vertiefung des realen oder eine Ausdehnung des mittelbaren Schadens droht oder gewiß ist. Sowohl eine Vertiefung des realen als auch eine Ausdehnung des mittelbaren Schadens droht insbesondere bei jeder nicht unerheblichen Körperverletzung.

Fortsetzung der Fußnote von S. 41.

aaO; Erman-Sirp, aaO. Die im Text verwendete Formulierung gibt freilich keine Antwort auf die Frage, ob bei der Bemessung des Pflichtenkreises des Geschädigten dessen persönliche Eigenschaften und Fähigkeiten oder - entsprechend dem objektivierten Fahrlässigkeitsbegriff des Zivilrechts - diejenigen eines durchschnittlichen Angehörigen der Gruppe von Verkehrsteilnehmern, der der Geschädigte zuzuordnen ist, maßgebend sein sollen. Diese Frage hat hier jedoch keine große Bedeutung. Denn die Schadensbehebung, um die es hier geht, verlangt regelmäßig besondere Sachkunde, die nur ein eng begrenzter Kreis von Verkehrsteilnehmern besitzt, dem der Geschädigte im typischen Falle gerade nicht angehört; vergl. dazu auch unten S. 72 ff.

1) Siehe oben S. 9 Fußn. 1 .

2) Vergl. Rother, Haftungsbeschränkung, S. 130 f.

3) Vergl. Enneccerus-Lehmann, § 16 I 3 c.

Deshalb hat der Geschädigte auf eine Beseitigung der Verletzungsfolgen hinzuwirken. Eine Ausdehnung des mittelbaren Schadens droht beispielsweise dann, wenn ein Kraftwagen infolge des Unfalls ausfällt. Die zügige Reparatur ist nötig, um die Ausdehnung der mit dem Ausfall verbundenen Schadensfolgen (Nutzungsausfall usw.) gering zu halten.

In derartigen Fällen liegt die Fragestellung auf der Hand, ob die vom Geschädigten zur Behebung des Schadens zugezogenen Personen als seine Erfüllungsgehilfen anzusehen sind[1]. Doch wird man der Problematik des § 254 mit seiner Verweisung auf § 278 auch dann nicht gerecht, wenn man die Verpflichtung des Geschädigten, zur Verhütung weiteren Schadens die Beseitigung des vom Schädiger angerichteten Körper- oder Sachschadens zu betreiben, mit Venzmer und anderen zum Ausgangspunkt der Überlegungen macht[2].

Das zeigt eine Betrachtung derjenigen Fälle, in denen die Behebung des Schadens zur Verhütung weiteren Schadens nicht erforderlich ist. Im obigen Beispiel läßt der Geschädigte den Blechschaden an seinem Volkswagen ausbessern, was zur Verhütung weiteren Schadens durchaus nicht notwendig ist. Die Reparatur wird in vermeidbarer Weise verzögert. Der Wagen fällt deshalb nicht einen Tag, sondern zwei Tage aus. Ein beim Unfall beschmutztes Kleidungsstück bringt der Geschädigte in die Reinigung. Dort wird ein ungeeignetes Reinigungsmittel verwendet. Das Kleidungsstück ist nunmehr völlig unbrauchbar. Wenn die zur Behebung des Schadens Tätigen in denjenigen Fällen, in denen die Schadensbehebung zur Verhütung weiteren Schadens erforderlich ist, als Erfüllungsgehilfen des Geschädigten anzusehen sind, dann ist es nicht gerechtfertigt, sie in der soeben bezeichneten Fallgruppe nicht als seine Erfüllungsgehilfen zu betrachten und ihm hier vollen Schadensersatz für die Schadenserweiterung zuzubilligen. In dieser zweiten Fallgruppe ist aber eine Rechtspflicht oder Obliegenheit des Geschädigten, für die Wiederherstellung des beschädigten Gutes zu sorgen, schlechterdings nicht vorhanden. Daher kann dieser Verpflichtung, auch wo sie besteht, bei der Suche nach einer Begründung für die entsprechende Anwendung des § 278 eine ausschlaggebende Bedeutung nicht zukommen.

Der Standpunkt der Gegner einer Begrenzung der Schadensminderungspflicht auf dasjenige Sorgfaltsverhalten, dem der Geschädigte zur Geringhaltung des Scha-

---

1) A.A. offenbar Künkel/Wolff, VersR 67, S. 732.

2) Vergl. oben S. 36 f.

dens s e l b s t nachkommen kann, dürfte folgendermaßen zu präzisieren sein:

1. Die Schadensminderungspflicht umfaßt das g e s a m t e Sorgfaltsverhalten, das nach dem Verletzungsfall zur Verhütung weiteren Schadens aufzubringen ist. Auch der in dieser Weise abgesteckte Pflichtenkreis des Geschädigten erstreckt sich zunächst auf die Anstrengungen, die der Geschädigte zur Geringhaltung des Schadens selbst unternehmen kann; denn sie sind zur Verhütung weiteren Schadens unerläßlich. Zur Verhütung weiteren Schadens ist es jedoch darüber hinaus erforderlich, daß bei der Behebung des Schadens ordnungsgemäß verfahren wird, gleichviel, ob die Schadensbehebung als solche zur Verhütung weiteren Schadens erforderlich ist oder nicht. Und die ordnungsgemäße Ausführung der Schadensbehebung verlangt ihrerseits die Beachtung derjenigen Sorgfalt, die von einem durchschnittlichen Angehörigen des Berufsstandes zu erwarten ist, der für die Behebung des Schadens in Anspruch genommen werden muß[1].

2. Damit liegt eine Verletzung der Schadensminderungspflicht durch die zur Schadensbehebung tätigen Sachkundigen stets darin, daß sie eben diese Sorgfalt außer acht lassen (und dadurch weiteren Schaden mitverursachen). Der Geschädigte "bedient" sich der Sachkundigen zur Erfüllung seiner Schadensminderungspflicht dadurch, daß er ihnen das beschädigte Gut und damit die Wahrnehmung seiner Interessen anvertraut[2,3].

---

1) Die Anlegung dieses Maßstabes (anstelle der Berücksichtigung der individuellen Fähigkeiten der zur Schadensbehebung tätigen Personen) entspricht dem objektivierten Fahrlässigkeitsbegriff des Zivilrechts und erscheint deshalb angezeigt. Vergl. zu der entsprechenden Frage bei der Bestimmung des dem Geschädigten selbst obliegenden Pflichtenkreises oben S. 41 Fußn. 7.

2) Vergl. Planck-Siber, Anm. 5 zu § 254.

3) Ebensowenig wie es der Anwendung des § 278 entgegensteht, daß die als Erfüllungsgehilfe in Betracht kommende Person nicht nur die Verpflichtung des Schuldners gegenüber dem Gläubiger, sondern daneben ihre eigene Verpflichtung gegenüber dem Schuldner erfüllt, wird die entsprechende Anwendung des § 278 im Rahmen des § 254 dadurch ausgeschlossen, daß die "Erfüllungsgehilfen" des Geschädigten ihren eigenen Verpflichtungen gegenüber dem Geschädigten nachkommen; so, für die Reparaturwerkstatt, mit Recht Böhmer, NJW 67, 22. Das verkennt Cohn, Gruch. 43, 125,

Fortsetzung der Fußnote auf S. 45.

Im folgenden sind die Gründe, die für die Begrenzung der Schadensminderungspflicht vorgetragen worden sind, darzustellen und auf ihre Stichhaltigkeit hin zu überprüfen, im Anschluß daran die Argumente der Gegenmeinung.

Fortsetzung der Fußnote von S. 44.

wenn er ausführt, der Arzt vertrete, indem er für die Heilung sorge, nicht die Angelegenheit des Geschädigten, sondern er werde unabhängig von dieser kraft seines eigenen Berufes tätig, unabhängig auch davon, wer schließlich den entstandenen Schaden zu tragen habe.

IV. Darstellung und Kritik der Argumente, die für die Begrenzung der Schadensminderungspflicht vorgetragen worden sind.

1. Die Zumutbarkeit (Wussow)

Wussow[1] geht davon aus, die Schadensminderungspflicht verlange nach Treu und Glauben ein Verhalten, wie es ein verständiger Mensch auch ohne Vorhandensein eines verantwortlichen Schadigers im eigenen Interesse zur Minderung des eigenen Schadens an den Tag legen würde. Es müsse im Einzelfall geprüft werden, welche Maßnahmen in dieser Richtung nach Treu und Glauben dem Verletzten z u z u m u t e n[2] seien. Es komme dagegen keineswegs darauf an, welche Maßnahmen etwa aus anderen Grunden dem als Erfullungsgehilfen in Betracht kommenden D r i t t e n persönlich anzusinnen seien. Nur wer eine Verpflichtung erfülle, die dem V e r l e t z t e n obliege, könne als dessen Erfüllungsgehilfe bewertet werden.

Auch bei der Frage der Verantwortlichkeit des Geschädigten für Sachverständige könne nur unter dem Gesichtspunkt geurteilt werden, ob es sich bei der von dem betreffenden Sachverständigen durchzuführenden Arbeit um eine Pflicht handle, deren Erfüllung dem Verletzten selbst obliege. Allein unter diesem Gesichtspunkt werde man entscheiden können, ob es nach Treu und Glauben dem Verletzten zugemutet werden müsse, für eine etwaige fahrlässige Handlungsweise des Sachverständigen einzustehen[3]. Nur nach der allgemeinen Verkehrsauffassung lasse sich entscheiden, wie weit hier die e i g e n e Schadensminderungspflicht des Verletzten gehe. Die Durchführung medizinischer oder technischer Handlungen sei niemals eine e i g e n e Verpflichtung des Verletzten, deren Ausführung ihm selbst obliege. Infolgedessen erschöpfe sich seine Verpflichtung in der A u s w a h l der geeigneten fachkundigen Person[4].

Dazu muß zunächst gesagt werden, daß es etwas anderes als die eigene Schadensminderungspflicht des Geschädigten nicht gibt. Die Schadensminderungspflicht obliegt nach § 254 Abs. 2 Satz 1, 2. Teil dem Geschädigten. Es ist eben zwei-

---

1) WJ 58, 26 ff.
2) Hervorhebungen wie bei Wussow.
3) Ähnlich LG Detmold VersR 67, 510.
4) Vergl. dazu zunächst oben S. 41.

felhaft, ob sich diese Pflicht (des Geschadigten) nur auf das Sorgfaltsverhalten erstreckt, dem der Geschädigte nach dem Verletzungsfall selbst nachkommen kann, oder ob sie darüber hinaus auch dasjenige Sorgfaltsverhalten umfaßt, das bei der Behebung des Schadens beobachtet werden muß[1].

Auch der Hinweis Wussows auf die Zumutbarkeit bzw. auf Treu und Glauben eröffnet keinen weiterführenden Aspekt. Zwar sind die aus § 254 Abs. 2 Satz 1, 2. Teil fließenden Pflichten des Geschädigten auch unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit zu bestimmen, d.h. abzugrenzen. Aber diese Grenzziehung erfolgt nicht auf der Ebene, auf der sich die Frage stellt, ob sich die Schadensminderungspflicht im Bereich der Selbstverantwortung des Geschadigten erschöpft, oder ob sie auch die bei der Schadensbehebung zu beachtende Sorgfalt umfaßt. Die Zumutbarkeit spielt, um das klassische Beispiel zu nennen, eine Rolle bei der Frage, ob sich der Geschädigte einer Operation unterziehen muß, etwa zur Wiederherstellung seiner Erwerbsfähigkeit. Hierbei ist darauf abzustellen, ob die Operation gefahrlos und ohne besondere Schmerzen durchgeführt werden kann, ob sie sichere Aussicht auf Erfolg bietet und ob der Schädiger für geeignete kostenlose Vornahme entsteht[2]. Eine andere Frage ist es, ob der Geschädigte seine Schadensminderungspflicht, wie das Reichsgericht gesagt hat, durch die Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe "vollständig erfüllt", oder ob er darüber hinaus, wie die Gegner des Reichsgerichts annehmen, "für ordnungsgemäße ärztliche Behandlung aufzukommen" hat[3]. Dieses Problem dürfte schwerlich befriedigend zu lösen sein, wenn man von vornherein die Zumutbarkeit oder den Gedanken von Treu und Glauben bemüht. Das ergibt sich schon daraus, daß Gegner wie Anhänger des Reichsgerichts meinen, ihre Auffassung entspreche "allein der Billigkeit"[4].

---

1) Die Gegner des RG "legen" eben auch dieses Sorgfaltsverhalten dem Geschädigten "auf" (vergl. Stampe, JW 21, 741), nicht "in tatsächlicher Hinsicht", aber "rechtlich" (vergl. Erman-Sirp, Anm. 5 f zu § 254).

2) Palandt-Danckelmann, Anm. 2 b zu § 254, mit Nachweisen.

3) So die Formulierung Stampes, aaO.

4) So Böhmer, MDR 66, 204, ähnlich Planck-Siber, aaO, Stampe, aaO, und andere einerseits, das OLG Kassel aaO, Endemann, aaO, und andere andererseits; vergl. dazu auch Meyer, Recht 1924, Sp. 514.

Das erörterte Beispiel zeigt: De Gedanke der Zumutbarkeit ist heranzuziehen, wenn es um die Bestimmung des Sorgfaltsverhaltens geht, dem der Geschädigte nach dem Verletzungsfall selbst nachkommen kann: Er hat grundsätzlich das zu veranlassen, was zur Verhütung weiteren Schadens erforderlich ist. Aber er muß nicht jede erdenkliche Anstrengung unternehmen, die zur Geringhaltung des Schadens vielleicht unternommen werden könnte. Vielmehr ist er bei Meidung seiner Mitverantwortlichkeit für eine Vergrößerung des Schadens gehalten, diejenigen Maßnahmen zu ergreifen, die ihm vernünftigerweise zugemutet werden können[1].

Dagegen gibt der Gedanke der Zumutbarkeit keine Antwort auf die Frage, ob sich die Schadensminderungspflicht in dem so zu bestimmenden Bereich der Selbstverantwortung des Geschädigten erschöpft, oder ob sie das "gesamte" zur Verhütung weiteren Schadens gebotene Sorgfaltsverhalten umfaßt, also erstens den Bereich der Selbstverantwortung des Geschädigten und zweitens diejenige Sorgfalt, die bei der Behebung des Schadens beobachtet werden muß.

2. Das Fehlen einer Kontrollmöglichkeit des Geschädigten (v. Leyden)

Weil der Geschädigte die Maßnahmen Sachkundiger nicht kontrollieren kann, schließt v. Leyden[2] die Anwendung der §§ 254, 278 aus. Er meint, der Geschädigte sei für ein Verschulden der Personen verantwortlich, deren er sich zur Wahrnehmung seiner Interessen bediene, soweit ihm objektiv die Möglichkeit gegeben sei, dieselben zu kontrollieren. Diese Einschränkung rechtfertige die ratio des § 278. Die Haftung des Schuldners für seine Gehilfen beruhe auf dem Gedanken, daß er sich ihrer zu einer Verrichtung bediene, die er an sich selbst hätte ausführen können und die - an und für sich - jedem Normalmenschen möglich und bekannt sei.

Zunächst läßt v. Leyden eine Begründung dafür vermissen, warum die Betrachtung der ratio des § 278 weiterhilft, wo es um seine entsprechende Anwendung innerhalb des § 254 geht[3,4]. Zum zweiten entspricht die Kennzeichnung

---

1) Vergl. etwa BGH VersR 60, 159 (160); OLG Celle NJW 53, 990 (991).

2) Culpa-Compensation, S. 81 f.

3) Reimer Schmidt, Obliegenheiten, S. 169, betont im Anschluß an Esser, JZ 52, 257, daß es notwendig sei, "stets sowohl von der Seite der verwei-

Fortsetzung der Fußnote 3 und 4 auf S. 49.

der ratio des § 278 durch v. Leyden jedenfalls nicht dem modernen Verständnis vom Wesen der Haftung des Schuldners für seine Erfüllungsgehilfen. Denn es wird heute nicht als ungewöhnlich empfunden, daß der Schuldner auch für ein Verschulden von Personen einzustehen hat, die Verrichtungen vornehmen, die er selbst nicht ausführen könnte. So können Angestellte in leitender Stellung, die besondere Sachkunde besitzen und frei von Weisungen ihres Dienstherrn arbeiten, dessen Erfüllungsgehilfen sein. Beispielsweise kann die Gemeinde als Trägerin eines städtischen Krankenhauses nach § 278 für ein Verschulden der Ärzte verantwortlich sein[1]. Das Reichsgericht[2] bejahte die Schadensersatzpflicht des Veranstalters eines Motorradrennens für die von einem Zuschauer erlittenen Unfallschäden, weil sich der Veranstalter "zur Erfüllung seiner Verpflichtung auf Vorführung des angekündigten Rennens ... der Rennteilnehmer (Rennfahrer) ... bediente". Enneccerus glaubte sogar annehmen zu können, wenn sich ein Kunsthändler gegen Zahlung von 10 000 Mark dazu verpflichtet, "die Wand eines Speisesaals durch den berühmten Maler X mit einer Alpenlandschaft bemalen zu lassen", so habe der Kunsthändler für die sorgfältige Arbeit des Malers nach § 278 einzustehen[3]. In all diesen Fällen läge ein Widerspruch zur ratio des § 278 vor, wenn die Haftung aus dem Gedanken zu erklären wäre, daß sich der Schuldner fremder Hilfe bei Verrichtungen bediene, die er auch selbst vornehmen könnte. Die

---

Fortsetzung der Fußnote 3 und 4 von Seite 48.

senden Norm als auch im Hinblick auf die entsprechend anzuwendende Vorschrift sorgfältig die Voraussetzungen der Analogie zu prüfen".

4) Diese Lücke weist auch die Lösung Hörstels, VersR 67, 17, auf: Hörstel erklärt die Haftung für Erfüllungsgehilfen aus dem Gedanken, daß derjenige, der sich der Arbeitsteilung zum eigenen Vorteil bediene, auch die damit für den Gläubiger verbundenen Risiken tragen müsse. Liege die Arbeitsteilung im Interesse des Gläubigers, so könne § 278 nach der ratio legis nicht angewandt werden. Die Zuziehung Sachkundiger durch den Geschädigten liege, so meint Hörstel offenbar, im Interesse des Schädigers, folglich seien diese Personen nicht als Erfüllungsgehilfen des Geschädigten anzusehen. Vergl. dazu auch unten S. 61 f., S. 79 ff.

1) Vergl. Larenz, SchR I, S. 234, mit Nachweisen.

2) RGZ 127, 313 (314).

3) Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 2. Abteilung, 9. Bearbeitung 1923, § 267 I 1; kritisch freilich Heck, S. 84; Lehmann in Enneccerus-Lehmann, § 44 I 1.

Vielzahl der Fälle läßt eher Bedenken gegen die Ansicht v. Leydens aufkommen.

3. Unterschiede zum Vertragsrecht (OLG Kassel)

Das OLG Kassel[1] hat darauf hingewiesen, bei der Bemessung dessen, was der Geschädigte zu tun verpflichtet sei, dürfe nicht der Unterschied gegenüber der Entstehung einer vertraglichen Verpflichtung übersehen werden. Wer sich durch Vertrag zu einer Leistung verpflichte, tue dies aus freier Entschließung. Wolle oder könne er die Leistung nicht persönlich herbeiführen, so sei es nur sinngemäß, daß er für jedes Verschulden derjenigen Personen einzustehen habe, deren er sich zur Erfüllung der von ihm übernommenen Verpflichtung bediene. Dabei könne es, weil er sich ja freiwillig verpflichtet habe, keinen Unterschied machen, ob er selbst zu beurteilen in der Lage sei, ob und inwieweit diese Gehilfen richtig und sachgemäß vorgingen. Es genüge daher nicht, daß er sie, soweit es in seinem Können gelegen habe, ordnungsgemäß überwacht habe. Völlig anders sei es im Rahmen der unerlaubten Handlung. Die Beseitigung der eingetretenen Schädigung liege dem Geschädigten nicht aus seinem freien Entschluß ob, er habe sich nicht von sich aus dazu erboten, sondern sie werde ihm vom Schädiger aufgezwungen. Insofern sei die Lage gerade umgekehrt als auf dem Gebiete des Vertrages. Deshalb sei der Erfüllungsgehilfe im Rahmen der unerlaubten Handlung anders zu verstehen als in dem des Vertrages. Bei der aus einer unerlaubten Handlung entspringenden, ihm aufgezwungenen Verpflichtung zur Beseitigung seiner Beeinträchtigung könne der Geschädigte niemals gehalten sein, mehr zu tun, als er selbst erfüllen könne. Diese Verpflichtung könne sich auch nicht steigern, wenn er, weil er selbst nicht zur sachgerechten Beseitigung der Beeinträchtigung in der Lage sei, einen Dritten zuziehen müsse. Die notwendige Folgerung daraus sei, daß Erfüllungsgehilfe im Rahmen der unerlaubten Handlung nur derjenige sei, der das leiste, "was auch der Geschädigte selbst zu 'erfüllen' vermöchte".

Es heißt dann etwas später, es wäre ein geradezu unsinniges Ergebnis, wenn bei einer Handlung, deren sachgemäße Ausführung weder der Schädiger noch der Geschädigte zu beurteilen in der Lage sei, für etwa vorkommende Fehler ausgerechnet der Geschädigte einzustehen hätte, obwohl er an der Notwendigkeit dieser Handlung unschuldig, sie ihm vielmehr vom Schädiger aufgezwungen worden sei.

---

1) JW 37, 3026 = DJ 38, 45.

Diese Darlegungen dürften in hohem Maße einleuchten[1]. Aber restlos überzeugen kann das Urteil nicht:

1. Der Begriff "Erfüllungsgehilfe im Rahmen der unerlaubten Handlung" ist mißverständlich und sollte daher vermieden werden. Der Erfüllungsgehilfe erfüllt eine Verbindlichkeit des Schuldners, sei es eine rechtsgeschäftlich begründete, sei es eine im kraft Gesetzes obliegende[2]. Er handelt also stets im Rahmen einer Sonderverbindung zwischen Schuldner und Gläubiger, im Falle des § 254 Abs. 2 Satz 1, 2. Teil im Rahmen der Schadensminderungspflicht, die dem Geschädigten gegenüber dem Schädiger obliegt.

---

1) Das räumt selbst Venzmer, aaO, S. 192,ein. Seine Kritik wird dem Urteil nicht gerecht. Er macht vor allem geltend, das OLG habe nicht berücksichtigt, daß keineswegs alle Schädigungen auf unerlaubter Handlung beruhen würden und daß der Geschädigte an der Herbeiführung des haftungsbegründenden Erfolges keineswegs immer "unschuldig" sei. Er frägt, wie das OLG den Fall behandeln wolle, in dem die Gefährdungshaftung gerade noch zum Zuge komme und der Verletzte den haftungsbegründenden Erfolg zu 4/5 grobfahrlässig verursacht habe. Dazu ist zu sagen: Es ist kein Grund ersichtlich, warum es für die Probleme der Schadensminderungspflicht auf den Rechtsgrund der Schadensersatzpflicht (unerlaubte Handlung, Vertragsverletzung, Gefährdungshaftung) entscheidend ankommen soll; vergl. dazu auch unten S. 70 Fußn. 3 . Den von Venzmer gebildeten Fall hätte das OLG sicherlich so entschieden,daß es den Gesamtschaden (einschließlich der Schadenserweiterung) im Verhältnis 1:4 zwischen Schädiger und Geschädigtem verteilt hätte, ohne aber dem Geschädigten das Verschulden des Sachkundigen noch besonders zuzurechnen; vergl. dazu oben S. 21 Fußn. 3.

2) Zwar liegt das Hauptanwendungsgebiet des § 278 im rechtsgeschäftlichen Verkehr. Es ist aber heute nicht mehr zweifelhaft, daß er,abgesehen vom Fall des § 254, auch außerhalb des Vertragsrechts zur Anwendung kommt, d.h. daß jede Sonderverbindung als eine Verbindlichkeit i.S.d. § 278 anzusehen ist; vergl. RGZ 76, 185; Larenz, SchR I, S. 236; Staudinger-Werner, Randnr. 2 zu § 278.

2. Wenn das OLG ausführt, es sei "nur sinngemäß", daß der Vertragsschuldner für Gehilfen auch dann hafte, wenn er die Leistung nicht selbst erbringen könne, und es sei völlig anders auf dem Gebiete der unerlaubten Handlung, so meint es damit offenbar: Es entspreche zwar dem Sinn und Zweck des § 278, daß der Vertragsschuldner auch für Gehilfen hafte, wenn er seiner Leistungspflicht nicht selbst nachkommen könne. Aber es entspreche nicht dem Grundgedanken des § 278, daß der Geschädigte für Personen einstehen müsse, die Arbeiten ausführen, denen er selbst gar nicht nachkommen könnte. Eine durchschlagende Begründung für diesen letzten Satz aber liefert das OLG nicht. Daraus, daß die weitgestreckte Verantwortlichkeit des Vertragsschuldners sinngemäß erscheint, ergibt sich noch nicht, daß es nicht angebracht ist, auch den Geschädigten für Personen einstehen zu lassen, die Verrichtungen vornehmen, die er selbst nicht ausführen könnte.

3. Die Frage lautet, ob es bei der entsprechenden Anwendung des § 278 im Rahmen des § 254 Abs. 2 Satz 1, 2. Teil "sinngemäß" ist, auch sachkundige Personen zum Kreis der Erfüllungsgehilfen des Geschädigten zu rechnen. Von dieser Fragestellung geht das Urteil gar nicht aus; es versucht von vornherein eine Lösung aus dem Grundgedanken des § 278 selbst. Damit liefert es einen Beitrag zum Kern des Problems nicht[1]. Das OLG war sich dessen bewußt. Nach dem Hinweis auf die "Unsinnigkeit" eines anderen Ergebnisses heißt es in einem letzten, angefügten Satz: "Wollte man die entsprechende Anwendung des § 278 dennoch in einem solchen Sinne verstehen, so wäre das eine der Wirklichkeit völlig ins Gesicht schlagende, nicht aber eine entsprechende Anwendung"[2]. Das ist keine überzeugende Argumentation.

---

1) Vergl. oben S. 48.

2) Hervorhebung vom OLG Kassel.

V. Darstellung und Kritik der Argumente, die für die Ausdehnung der Schadensminderungspflicht vorgetragen worden sind.

1. Die 'Erfüllung' der Schadensminderungspflicht

Wie schon ausgeführt[1], meint Böhmer, der Geschädigte habe seine Verbindlichkeit nicht schon dann vollständig erfüllt, wenn er eine Reparaturwerkstatt auswähle und dieser den Auftrag erteile. Es müsse auch die Reparatur selbst hinzukommen, auch diese gehöre zur Erfüllung und könne "nicht künstlich von der Beauftragung abgetrennt werden". Entsprechend den Ausführungen auf S. 40 ff. wäre diesem Gedanken etwa der Inhalt zu geben, der Geschädigte schulde das gesamte zur Verhütung weiteren Schadens erforderliche Sorgfaltsverhalten, weil es notwendigerweise zur Erfüllung der Schadensminderungspflicht gehöre.

Für die Richtigkeit dieser Anschauung sprechen folgende Erwägungen: Unabhängig davon, ob die Wiederherstellung des beschädigten Gutes als solche zur Verhütung weiteren Schadens erforderlich ist oder nicht[2], hat der Geschädigte, wenn er den Schaden beheben läßt, zur Verhütung möglichen weiteren Schadens einen geeigneten, als zuverlässig geltenden Sachkundigen zuzuziehen. Das obliegt ihm, weil durch die Einschaltung eines zuverlässig arbeitenden Fachmanns eine gewisse Gewähr dafür gegeben ist, daß bei der Wiederherstellung die dabei gebotene Sorgfalt tatsächlich beobachtet wird. Auch der Geschädigte hat sich also darum zu bemühen, daß die Wiederherstellung mit der erforderlichen Sorgfalt durchgeführt wird. Ist schon die Wiederherstellung als solche zur Vermeidung weiteren Schadens unerläßlich, so hat der Geschädigte auf eine Beseitigung der Verletzungsfolgen hinzuwirken. Dabei findet die Vergrößerung des Schadens erst dann ein Ende, wenn die Wiederherstellung tatsächlich (ordnungsgemäß) durchgeführt worden ist.

Es wäre verfehlt, aufgrund dieser Erwägungen den Gegnern des Reichsgerichts wenigstens auf der begrifflichen Ebene einen Vorsprung einzuräumen. Im folgenden wird unterstellt, daß man der Problematik der entsprechenden Anwendung des § 278 im Rahmen des § 254 Abs. 2 Satz 1, 2. Teil mit der Verwendung der Be-

---

1) Oben S. 37.
2) Vergl. dazu oben S. 42 ff.

griffe "Erfüllung" und "Erfüllungsgehilfe", verstanden in einem technischen Sinne, wenigstens annähernd gerecht wird[1,2].

Es ist zu unterscheiden zwischen Leistungshandlung und Leistungserfolg, wenngleich oft beides unter dem "trügerischen Deckmantel der Erfüllung" (Oertmann) zusammengeworfen wird. Zur schuldtilgenden Erfüllung (§ 362) ist die Bewirkung des Leistungserfolges erforderlich. Aber nicht jede menschliche Handlung, die zur Herbeiführung des Leistungserfolgs notwendig ist, stellt eine Leistungshandlung des Schuldners dar. Und nur für diejenigen Personen, deren sich der Schuldner zur "Erfüllung" der ihm obliegenden Leistungshandlungen bedient, ist er nach § 278 verantwortlich. Die Schuld des Verkäufers beispielsweise erlischt, wenn die Kaufsache dem Käufer übergeben ist und wenn er das Eigentum an ihr erlangt hat (vergl. § 433 Abs. 1 Satz 1). Zur Erfüllung dieser seiner Schuld, zur Bewirkung des von ihm geschuldeten Erfolges, schaltet der Verkäufer beim Versendungskauf (§ 447) einen Spediteur ein. Dieser ist nicht sein Erfüllungsgehilfe, weil sich die Leistungshandlung des Verkäufers in der ordnungsgemäßen Absendung der Ware erschöpft[3].

---

1) Davon geht offensichtlich auch Werner bei Staudinger, Randnr. 68 zu § 254, aus. Er meint, wenn man Ernst mache mit der Auffassung, daß die Verpflichtung des Geschädigten, sich selbst vor Schaden zu bewahren, oder den Schaden zu mindern, eine echte Rechtspflicht (gleichgültig, welchen Namens und auch welcher Intensität) sei, so müsse man "folgerichtigerweise zugeben" (!), daß gerade der Arzt ein Erfüllungsgehilfe sei, dessen sich der Geschädigte zur Erfüllung seiner Verpflichtung zur Schadensminderung bediene; vergl. dazu unten S. 56.

2) Kritisch vor allem Reiner Schmidt, Obliegenheiten, S. 170 f.; vergl. dazu auch unten S. 72 ff.

3) Vergl. zum Ganzen Oertmann, LZ 27, Sp. 9 ff.; zum Versendungskauf auch Larenz, SchR I, S. 234 Fußn. 3, SchR II, S. 74 Fußn. 3. Das Verhältnis zwischen den Begriffen Schuld, Erfüllung, Leistung, Leistungshandlung und Leistungserfolg dürfte zu den schwierigsten Fragen des Schuldrechts gehören. Die Untersuchung möchte sich hier auf die im Text gegebenen Andeutungen beschränken. Es wäre schwerlich angemessen, diesem Problem ausgerechnet bei der Erörterung der Schadensminderungspflicht auf den Grund gehen zu wollen, da schon der rechtliche Charakter dieser Verbindlichkeit äußerst zweifelhaft ist (siehe oben S. 33 Fußn. 4; vergl. dazu auch oben S.41) und da § 254 Abs. 2 Satz 2 zudem (nur) die "entsprechende "Anwendung des § 278 anordnet.

Daraus folgt: Die Annahme mag zutreffend sein, der Geschädigte schulde, als "Leistungserfolg", das gesamte zur Verhütung weiteren Schadens erforderliche Sorgfaltsverhalten[1]. Aber damit ist die Möglichkeit nicht ausgeräumt, daß die ihm obliegenden "Leistungshandlungen" nur dasjenige Sorgfaltsverhalten umfassen, dem er zur Verhütung weiteren Schadens selbst nachkommen kann[2]. Hier, wo es um die (entsprechende) Anwendung des § 278 geht, kommt es nicht auf den vom Geschädigten geschuldeten "Leistungserfolg", sondern ausschließlich auf den Umfang seiner "Leistungshandlungen" an. Diese sind auch in Zukunft mit der "Schadensminderungspflicht" gemeint.

Nun mögen sich die Gegner des Reichsgerichts darauf berufen, normalerweise sei eben doch das gesamte zur Bewirkung des Leistungserfolges erforderliche Verhalten zu den Leistungshandlungen des Schuldners zu rechnen. Wenn anzuerkennen sei, daß der Geschädigte als "Leistungserfolg" das gesamte Sorgfaltsverhalten schulde, so sei es an der Gegenmeinung, besondere Gründe für eine Begrenzung der "Leistungshandlungen" des Geschädigten darzutun. Sie können weiter darauf verweisen, daß aus der Unfähigkeit des Schuldners zur persönlichen Durchführung der fraglichen Verrichtung für sich alleine genommen keine Argumente für eine Begrenzung seiner Leistungshandlungen und das heißt eben für eine Begrenzung seiner Verantwortlichkeit nach § 278 geschöpft werden können.[3]

Nun ist es nicht gerade typisch, daß dem Schuldner ein Leistungsverhalten angesonnen wird, von dem von vornherein feststeht, daß er ihm selbst auf gar keinen Fall nachkommen kann[4]. Und schließlich ist auch an die Beurteilung einiger anderer Fälle zu denken: Die Eltern sind aufgrund ihrer Sorgepflicht gehalten, ihr krankes Kind gesund zu pflegen. Der zugezogene Arzt hilft ihnen dabei, um mit Venzmer zu sprechen[5]. Sie haften für ein Verschulden des Arztes trotzdem

---

1) Vergl. dazu oben S. 41, S. 44.

2) Sirp bei Erman, Anm. 5 f zu § 254, scheint davon auszugehen, daß der Geschädigte als "Erfolg" das gesamte Sorgfaltsverhalten schulde; er formuliert: "Erfüllungsgehilfe des Geschädigten ... kann nur derjenige sein, welcher das leistet, was der Geschädigte selbst in tatsächlicher Hinsicht (nicht auch rechtlich) (!) zu erfüllen vermöchte."

3) Böhmer, MDR 66, 204; vergl. dazu oben S. 49.

4) Vergl. dazu auch oben S. 49 Fußn. 3.

5) Vergl. oben S. 36.

nicht[1]. Auch der Vormund haftet nur beschränkt für Hilfspersonen[2].

Auch dem Gesagten ergibt sich, daß es nicht angeht, den einen oder anderen Inhalt der Schadensminderungspflicht als vorgegeben hinzustellen, um daraus abzuleiten, daß die vom Geschädigten zur Behebung des Schadens zugezogenen sachkundigen Personen seine Erfüllungsgehilfen sind oder nicht. Vielmehr sind materiale Gründe darzutun, die für die Richtigkeit der einen oder anderen Lösung sprechen. Alsdann ist der Inhalt der Schadensminderungspflicht zu bestimmen, damit bei der Subsumtion unter die von der h. M. bei Anwendung der §§ 254, 278 verwendeten Begriffe das richtige Ergebnis erzielt wird.

2. Ausgleich von Vorteil und Nachteil, Risikoerhöhung (Stampe)

Stampe[3] meint, wenn der Geschädigte Herstellung in der Form des § 249 Satz 1 begehre, sei der Schädiger für ein Verschulden der von ihm zur Schadensbehebung zugezogenen Sachkundigen nach § 278 verantwortlich; er habe für die ordnungsgemäße Durchführung der Schadensbehebung aufzukommen. Es sei unbillig, dem Geschädigten Geringeres, Leichteres (nämlich bloß, daß er die Schadensbe-

1) Fikentscher, S. 266 f.; Larenz SchR I, S. 234.

2) RGZ 76, 185 (186). Es heißt hier u.a., der Vormund hafte für ein Verschulden der Personen, deren er sich zur Erfüllung der "rein vormundschaftlichen Aufgaben" bediene. Andererseits sei der Vormund nicht verpflichtet, persönlich diejenigen "wirtschaftlichen Verrichtungen" auf sich zu nehmen, an deren Leistung der Mündel verhindert sei. Der Vormund werde "regelmäßig nicht umhin können, sich hierzu der Hilfe dritter Personen zu bedienen". In solchen Fällen wäre es eine in die Augen springende Unbilligkeit, wenn man ihn aus § 278 auch für deren Verschulden haftbar machen wollte. Der Vormund genüge der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, wenn er den mit der Fortführung des landwirtschaftlichen, gewerblichen oder kaufmännischen Betriebes des Mündels zu beauftragenden Dritten gewissenhaft auswähle und es an einer gewissenhaften Überwachung nicht fehlen lasse. Zustimmend Erman-Hefermehl, Anm. 5 zu § 1793; Palandt-Lauterbach, Anm. 4 zu § 1793. Vergl. zu dieser Entscheidung auch unten S.82 Fußn. 4.

3) JW 21, 741 f.

hebung veranlasse) als Last aus § 254 Abs. 2 aufzuerlegen, wenn er ohne zwingenden Grund von der Herstellung nach § 249 Satz 1 Abstand nehme. Wähle er den Weg des § 249 Satz 2 nur deshalb, weil er ihm angenehmer, bequemer sei, so müsse er auch die besonderen Gefahren dieses Weges auf sich nehmen[1].

Neben einer Art Gleichgewichts- oder Symetrievorstellung[2], die nicht weiterführt[3], klingen in diesen Ausführungen zwei Gedanken an. Stampe meint an-

---

1) Wenn der Geschädigte die Schadensbehebung notgedrungen selbst veranlaßt, soll nach Stampe eine andere Beurteilung am Platze sein. Vergl. dazu oben S. 7 ff., unten S. 72 ff., 86.

2) Wie der Schädiger im Falle des § 249 Satz 1 für ein Verschulden der von ihm zur Schadensbehebung zugezogenen Fachleute nach § 278 verantwortlich sei, habe der Geschädigte im Falle des § 249 Satz 2 für die von ihm zugezogenen Sachkundigen nach § 278 einzustehen.

3) Eine Schlußfolgerung des Inhalts, weil der Schädiger (als Schuldner der Schadensersatzpflicht) im Falle des § 249 Satz 2 für Sachkundige nach § 278 hafte, müsse auch den Geschädigten (als den "Schuldner" der Schadensminderungspflicht) im Falle des § 249 Satz2 eine entsprechende Verantwortlichkeit treffen, wäre wohl aus der Luft gegriffen. Im übrigen erscheint es fraglich, ob der Schädiger im Falle des § 249 Satz 1 für ein Verschulden der von ihm zugezogenen Sachkundigen tatsächlich nach § 278 haftet. Denn er wäre dann, was Stampe ausdrücklich bejaht, nicht nur für "adäquate", sondern auch für grob sachwidrige Eingriffe der (von ihm zugezogenen) Fachleute verantwortlich. Schon mit der Zurechnung aller nicht grob sachwidrigen Fehlgriffe dürfte jedoch die äußerste Grenze des Verantwortungsbereichs des Schädigers erreicht sein; vergl. oben S. 23Fußn. 3 . Es besteht daher Grund zu der Fragestellung, ob nicht (auch) die aus § 249 Satz 1 fließenden Leistungshandlungen des Schädigers auf diejenigen Maßnahmen zu begrenzen sind, die er zur Wiederherstellung des beschädigten Gutes selbst ergreifen kann (vergl. oben S. 54). Würde man davon ausgehen und eine entsprechende Begrenzung der Schadensminderungspflicht befürworten, so erschiene der Gedanke von der Gleichheit der Lasten in einem neuen Licht: Weder der Schädiger (im Falle des § 249 Satz 1) noch der Geschädigte (im Falle des § 249 Satz 2) wären für ein Verschulden der von ihnen zugezogenen Sachkundigen nach § 278 verantwortlich. Aber "adäquate" Fehler wären stets dem Schädiger zuzurechnen, weil für ihn noch ein besonderer Zurechnungsgrund besteht, nämlich

Fortsetzung der Fußnote auf S. 58.

scheinend einmal, man könne sagen, wenn der Geschädigte die mit der Ersatzleistung nach § 249 Satz 2 für ihn verbundenen Vorteile[1] in Anspruch nehme, dann müsse er gewissermaßen zum Ausgleich dafür für ein Verschulden der (auf seine Veranlassung) zur Schadensbeseitigung tätigen Personen einstehen. Dieser Gedanke ist nicht tragfähig. Denn man kann mit gleichem Recht auch umgekehrt argumentieren: Wenn der Geschädigte den ausschließlich in seinem Interesse eröffneten Weg des § 249 Satz 2 beschreitet, darf er nicht mit Nachteilen belastet werden, die ihn nicht treffen, wenn er Ersatz nach § 249 Satz 1 verlangt.

Indem Stampe von den "besonderen Gefahren" des in § 249 Satz 2 vorgesehenen Weges spricht und dabei auf die Freiwilligkeit der Entschließung des Geschädigten für diesen Weg abstellt, deutet er eine zweite Erwägung an. Er meint offenbar, das mit der Schadensbehebung verbundene Risiko werde dadurch erhöht, daß der Geschädigte die Wiederherstellung des beschädigten Gutes nicht dem Schädiger überlasse, sondern selbst in die Wege leite. Diese Risikoerhöhung rechtfertige, wenn sie auf einem freien Entschluß des Geschädigten beruhe, die Überwälzung des mit der Schadensbehebung verbundenen Risikos auf den Geschädigten[2].

Fortsetzung der Fußnote von S. 57.

die Verwirklichung des haftungsbegründenden Tatbestandes. Sie wären nur in denjenigen Fällen auch dem Geschädigten zuzurechnen, in denen dieser für die Verwirklichung des haftungsbegründenden Ereignisses mitverantwortlich ist; vergl. dazu oben S. 31 Fußn. 3.

1) Vergl. oben S. 8 f.

2) Vielleicht meint Stampe auch, der Geschädigte schaffe das mit der Schadensbehebung verknüpfte Risiko dadurch, daß er den Schaden beheben lasse, und daher sei ihm dieses Risiko, wenn er es freiwillig gesetzt habe, zuzurechnen. Dann könnte ihm sicherlich nicht gefolgt werden. Denn die Schadensbehebung ist immer mit einem gewissen Risiko verbunden, gleichviel, ob sie auf Veranlassung des Schädigers oder des Geschädigten durchgeführt wird. Dieses Risiko ist in erster Linie dem Schädiger zuzuschreiben, weil es die Beschädigung der Güter des Geschädigten ist, die ihre Wiederherstellung erforderlich macht; siehe oben S. 25 ff. Der Geschädigte ist für dieses Risiko zunächst nur in den Fällen mitverantwortlich, in denen bei der Entstehung des (ersten) Schadens auf seiner Seite ein Verschulden oder eine von ihm nach den Grundsätzen der Gefährdungshaftung zu verantwortenden Sach- oder Betriebsgefahr mitgewirkt hat, al-

Fortsetzung der Fußnote auf S. 59.

Auch diese Erwägung ist nicht stichhaltig. Läßt der Geschädigte den Schaden selbst beheben, so kann es zu einer Erhöhung des Risikos dadurch kommen, daß er ungeeignete oder unfähige Personen einschaltet. Abs. die Gefahr, daß dies geschieht, ist abstrakt nicht größer als diejenige, daß sich der Schädiger im Falle des § 249 Satz 1 auf Experimente einläßt. Und realisiert sie sich im konkreten Falle, so ist zwar eine Erhöhung des mit der Schadensbeseitigung verbundenen Risikos vorhanden. Aber diese Risikoerhöhung findet ihren Ausgleich darin, daß der Geschädigte wegen Verletzung der ihm nach § 254 Abs. 2 Satz 1, 2. Teil selbst obliegenden Pflichtenkreises zur Verantwortung gezogen werden kann. Die ordnungsgemäße Auswahl der zur Schadensbehebung zuzuziehenden Personen fällt in den Kernbereich seiner Selbstverantwortung[1]. Das Bedürfnis, das in der Zuziehung ungeeigneter Personen liegende zusätzliche Risiko nicht dem Schädiger anzulasten, gibt also keine Veranlassung, den Geschädigten schlechthin für die ordnungsgemäße Durchführung der Schadensbehebung einstehen zu lassen, d.h. seinen Pflichtenkreis auf das gesamte zur Verhütung weiteren Schadens erforderliche Sorgfaltsverhalten auszudehnen.

Nicht haltbar wäre die Annahme, auch wenn der Geschädigte bei der Veranlassung der Schadensbeseitigung die gebotene Sorgfalt walten lasse, sei das Risiko bei der Wiederherstellung größer, als wenn diese auf Veranlassung des Schädigers durchgeführt werde. Denn in aller Regel kann der Schädiger, der Ersatz nach § 249 Satz 1 leistet, auch nicht mehr tun, als die Hilfe derjenigen in Anspruch nehmen, die man mit der Behebung eines derartigen Schadens vernünftigerweise betraut. Auch ihm bleibt beispielsweise nichts anderes übrig, als einen Arzt oder eine leistungsfähige Vertragswerkstatt zuzuziehen. Die alsdann

---

Fortsetzung der Fußnote von S. 58.

so vor allem im Falle des § 254 Abs. 1; vergl. dazu oben S. 31 Fußn. 3. Daher müssen die Befürworter der Verantwortlichkeit des Geschädigten für die von ihm zur Schadensbehebung zugezogenen Personen Gründe ins Feld führen, die es rechtfertigen, das mit der Schadensbehebung verbundene Risiko ganz oder teilweise vom Schädiger auf den Geschädigten zu überwälzen bzw. die nach § 254 Abs. 1 bestehende Verteilung des Risikos zu ungunsten des Geschädigten zu verschieben; so, andeutungsweise, schon Endemann, Lehrbuch, Bd I, § 132 Fußn. 25; vergl. dazu auch Hörstel, VersR 67, 17. Danach können die Ausführungen Stampes verständigerweise nur den Gedanken einer Risikoerhöhung ins Blickfeld rücken lassen, in der ein Grund für diese Risikoverlagerung in der Tat liegen könnte.

1) Siehe oben S. 41, 53.

mit der Behebung des Schadens befaßten Personen führen, im Besitz geeigneter Geräte und besonderer Kenntnisse und Fertigkeiten, die erforderlichen Maßnahmen selbständig durch[1].

Näher als die Vorstellung einer Risikoerhöhung liegt im Falle des § 249 Satz 2 der Gedanke, daß der Geschädigte in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle mit mehr Akribie auf eine sorgfältige Behandlung seiner Güter durch die von ihm zugezogenen Personen bedacht ist, als es der Schädiger wäre[2]. Insbesondere besteht Grund zu der Annahme, daß die Behandlung des Geschädigten beim Arzt seines Vertrauens mehr Erfolg verspricht, als die Behandlung bei einem Arzt, den der Schädiger "gestellt" (Stampe) hat.

3. Der "Gefahrenkreis" des Geschädigten (Böhmer)

Böhmer[3] glaubt, allein die Anwendung der §§ 254, 278 entspreche der Billigkeit[4]. Die "Ursache der Schadenserhöhung" sei allein im Bereich des geschädigten Kraftfahrers zu finden, während der Schädiger auf die Auswahl und Bestellung der Reparaturwerkstatt keinen Einfluß habe, zumal da diese ihm gegenüber keine vertraglichen Verpflichtungen habe. Es sei gerade der Sinn und Zweck des § 278, daß die Lage des Gläubigers, hier des Schädigers, nicht dadurch verschlechtert werden solle, daß der zur Schadensminderung Verpflichtete diese nicht selbst vornehme, sondern sich eines dem Einfluß des Schädigers entzogenen Erfüllungsgehilfen bediene. Deshalb bestimme § 278 "eine sog. 'Garantiehaftung' für das Verschulden der zur Erfüllung zugezogenen fremden Personen". Daß deren Verschulden nicht dem, der sich ihrer bedient habe, sondern dem, der mit ihnen gar nichts zu tun habe, zum Nachteil gereichen solle, sei schwer einzusehen. Das Verschulden der Werkstatt ereigne sich "in der Einflußsphäre, im Gefahrenkreis des Geschädigten"[5], der auch den Vorteil der Arbeitsteilung

---

1) In Ausnahmefällen mag eine gewisse Einwirkungsmöglichkeit auf diese Personen bestehen; vergl. dazu unten S. 86 ff.
2) A.A. offenbar Klimke, VersR 68, 31.
3) MDR 66, 204.
4) Dazu oben S. 46 ff., insbesondere S. 47 unten.
5) So in NJW 67, 22; zustimmend Klimke, VersR 68, 31.

habe, und "daher den Nachteil" tragen müsse.

Die Schadenserweiterung ist durch das haftungsbegründende Ereignis verursacht[1], und zwar in zurechenbarer Weise[2]. Die Zurechnung nach allgemeinen Regeln ist gerechtfertigt, weil sich die Schadenserweiterung als die Realisierung eines mit dem Verletzungsfall geschaffenen Risikos darstellt[3]. Deshalb kann man keinesfalls annehmen, die Ursache der Schadenserweiterung liege allein im Bereich des Geschädigten[4].

Ferner argumentiert Böhmer, wie er selbst sagt, aus dem Sinn und Zweck des § 278. Auch er weist nicht nach, daß Erwägungen, die bei der Anwendung des § 278 außerhalb des § 254 eine Rolle spielen, auch bei seiner entsprechenden Anwendung innerhalb des § 254 ins Gewicht fallen müssen[5]. Im übrigen wird die Lage des Schädigers doch nicht dadurch "verschlechtert", daß der Geschädigte die Schadensbehebung nicht selbst versucht, sondern statt dessen einen Fachmann zuzieht. Wenn Böhmer von Einflußsphäre und Gefahrenkreis spricht, so erklärt er die Haftung nach § 278 wohl daraus, daß dem Schuldner die Möglichkeit der Einflußnahme auf seine Gehilfen gegeben ist[6]. Es erscheint aber zweifelhaft, ob dem Geschädigten die Möglichkeit der Einwirkung auf das Verhalten der zur Schadensbehebung tätigen sachkundigen Personen in einem Maße offensteht, das die Zurechnung fremden Verschuldens rechtfertigen könnte[7]. Endlich ist es sehr fraglich, ob man tatsächlich sagen kann, der Geschädigte - durch den Verletzungsfall vor die Notwendigkeit gestellt, seine Güter fremden Personen anzuvertrauen - habe den Vorteil der Arbeitsteilung und müs-

---

1) Oben S. 21 .
2) Oben S. 22 ff.
3) Oben S. 24 ff.
4) Vergl. auch oben S. 58 Fußn. 2.
5) Vergl. oben S. 48, 52.
6) Vielleicht meint Böhmer auch, die Vorschrift des § 278 beruhe auf einem Prinzip der "Bereichshaftung". Ein solches Prinzip gibt es wohl nicht; vergl. Diederichsen, Die Haftung des Warenherstellers, S. 187 Fußn. 483. Abgesehen davon bildet der Geschädigte keinen "Bereich", wenn er einmal einen Arzt, einen Handwerker oder einen anderen zur Behebung des Schadens befähigten Dritten zuzieht; vergl. Diederichsen, aaO.
7) Vergl. oben S. 48 ff. (v. Leyden).

se "daher den Nachteil" tragen[1]. Die Ausführungen Böhmers können m. E. nicht überzeugen[2].

4. Die Haftung des Dritten

Im Kommentar Planck-Siber ist zu lesen[3], der Geschädigte werde durch die Zurechnung des Verschuldens des Arztes nicht beeinträchtigt. Er könne sich, soweit sein Anspruch gegen den Schädiger infolge mitwirkenden Verschuldens des Arztes wegfalle oder vermindert werde, an den Arzt halten, und der Billigkeit dürfte es mehr entsprechen, wenn dieser den Schaden oder einen Teil desselben trage, als wenn der Schädiger ihn allein zu tragen hätte[4].

Um diesem Gedanken gerecht zu werden, sind zwei Fragenkreise auseinanderzuhalten. Einmal geht es darum, ob der nach allgemeinen Regeln begründete Anspruch des Geschädigten gegen den Schädiger auf Ersatz der Schadenserweiterung nach Maßgabe der §§ 254, 278 zu verkürzen ist. Eine andere Frage ist es, wer den in der Schadenserweiterung bestehenden Teil des Gesamtschadens endgültig tragen muß, wenn auch der mit der Wiederherstellung befaßte Dritte dem Geschädigten wegen positiver Forderungsverletzung oder unerlaubter Handlung für die Schadenserweiterung haftet.

Lehnt man die Anwendung der §§ 254, 278 ab, so kann der Geschädigte vom Schädiger auch für die Schadenserweiterung in vollem Umfang Ersatz fordern[5]. Aber damit steht keineswegs fest, daß der Schädiger die Schadenserweiterung oder auch nur einen Teil derselben auch endgültig verkraften muß. Er kann vielmehr, vom Geschädigten als erster in Anspruch genommen, von dem mit der Schadensbehebung befaßten Dritten Ausgleich verlangen, wobei sich die Höhe seines Ausgleichsanspruchs nach dem Maße der beiderseitigen Verursachung und des beiderseitigen Verschuldens richtet. Denn Schädiger und Dritter haften für die Schadenserweiterung als Gesamtschuldner, und zwar nach § 840 Abs. 1,

---

1) A.A. etwa Hörstel, aaO; siehe oben S. 49 Fußn. 4.
2) Vergl. im übrigen unten S. 79 ff.
3) Anm. 5 zu § 254.
4) Ähnlich Meyer, Recht 1924, Sp. 514.
5) Siehe aber oben S. 31 Fußn. 3.

wenn einem Haftung auf außervertraglicher Grundlage[1] beruht, oder nach § 421 Satz 1, wenneinem oder beiden Teilen lediglich eine Vertragsverletzung zur Last fällt[2]. Und Gesamtschuldner sind untereinander ausgleichspflichtig, im

---

1) Der in § 840 Abs. 1 verwendete Begriff "unerlaubte Handlung" umfaßt alle Tatbestände außervertraglicher Schadenshaftung; Erman-Drees, Anm. 1 a zu § 840; Larenz, SchR II, S. 459. Das soll sich in Zukunft schon aus dem Wortlaut des Gesetzes ergeben; vergl. Art. 1 Nr. 10 des Referentenentwurfs (siehe oben S. 12 Fußn. 2)

2) Es bleibt dagegen bei der Anwendung des § 840 Abs. 1, wenn einer oder beide Teile nicht nur auf außervertraglicher Grundlage haften, sondern daneben wegen Vertragsverletzung in Anspruch genommen werden können. Nur wenn ein Teil oder beide Teile allein aus Vertrag haften, scheidet § 840 Abs. 1 aus (Erman-Drees, Anm. 2 b zu § 840). In diesem Falle ergibt sich ein Gesamtschuldverhältnis aus § 421 Satz 1. Denn die danach erforderliche Identität des Gläubigerinteresses ist gegeben, gleichviel auf welchem Rechtsgrund die Haftung des Schädigers und diejenige des Dritten beruht: Der Geschädigte kann sich wegen der Schadenserweiterung sowohl an den Schädiger als auch an den Dritten halten, er soll aber nur einmal entschädigt werden. Die h. M. verlangt allerdings ferner eine innere Verbindung zwischen den Verpflichtungen der einzelnen Schuldner, ohne die sie ein "unechtes Gesamtschuldverhältnis" annimmt, auf das die Vorschriften der §§ 421 ff. nicht anwendbar sein sollen; vergl. dazu Erman-Westermann, Anm. 2 zu § 421 ; Thiele, JuS 68, 149. Ein Zusammenhang zwischen der Haftung des Schädigers und derjenigen des Dritten besteht insofern, als die Haftung des Dritten auf einem Verhalten beruht, das durch die Entstehung des (ersten) Schadens bedingt (s. oben S. 21) und dem Schädiger zuzurechnen (s. oben S. 22 ff.) ist. Wegen dieses Zusammenhangs ist ein (echtes) Gesamtschuldverhältnis anzunehmen; vergl. dazu Koch, NJW 67, 181 (1. Absatz); ferner Esser, § 60, 9 a; Dilcher, JZ 67, 113 ff.; im Ergebnis wie hier Oertmann, Anm. 1 a zu § 254 (S. 80); Palandt-Danckelmann, Vorb. 5 d bb v. § 249.
Künkel-Wolff, VersR 67, 732, und ihnen folgend das HansOLG Hamburg MDR 68, 239 = VersR 68, 504 (Leitsatz) denken dagegen an eine Lösung des Inhalts, daß der Geschädigte vom Schädiger Ersatz für die Schadenserweiterung gegen Abtretung der Ansprüche verlangen kann, die ihm gegen die Werkstatt zustehen. Diese Lösung entspricht der Regelung des § 255 und dürfte gerade deshalb nicht durchführbar sein. Denn nach dem

Fortsetzung der Fußnote auf S. 64.

Falle der Schadensersatzpflicht, abweichend von der Regel des § 426 Abs. 1 Satz 1, nicht zu gleichen Teilen, sondern, entsprechend der Regelung des § 254, nach dem Maße der beiderseitigen Verursachung und des beiderseitigen Verschuldens.[1,2]

Folglich kann die Ablehnung der Anwendung der §§ 254, 278 nicht mit der Begründung angegriffen werden, es sei unbillig, den mit der Schadensbehebung befaßten Dritten an der Verteilung der Schadenserweiterung nicht zu beteiligen. Fraglich kann lediglich sein, ob es ein Argument für die Anwendung dieser Bestimmungen ist, daß dadurch die endgültige Verteilung der Schadenserweiterung ganz oder teilweise vorweggenommen werden würde[3].

Das muß m.E. verneint werden. Es ist eine Grundentscheidung des geltenden bürgerlichen Rechts, daß jeder Verursacher im Rahmen der ihn treffenden Haftung für den vollen Schaden in Anspruch genommen werden kann. Grundsätzlich findet eine wechselseitige Entlastung mehrerer Schädiger dem Geschädigten gegenüber nicht statt. Vielmehr erfolgt der Ausgleich im Innenverhältnis der Mit-

---

Fortsetzung der Fußnote von S. 63.

Grundgedanken des § 255 soll der Vertragsschuldner gegenüber dem Deliktsschuldner bevorzugt werden; vergl. Oertmann, Vorteilsausgleichung, S. 291 ff.; vergl. auch Larenz, SchR II, S. 460. Auf vertraglicher Grundlage haftet aber in unseren Fällen regelmäßig nicht der Schädiger, sondern der mit der Wiederherstellung befaßte Dritte.

1) Vergl. dazu Larenz, SchR I, S. 385 f.; nach Art. 1 Nr. 3 des Referentenentwurfs (s. oben S. 12 Fußn. 2) soll § 426 Abs. 1 Satz 1 in folgender Weise ergänzt werden: "...;im Falle der Schadensersatzpflicht gilt § 254 entsprechend."

2) Der Verursachungs- und Verschuldensanteil des Dritten dürfte regelmäßig wesentlich höher zu veranschlagen sein als derjenige des Schädigers, schon weil die Erweiterung des Schadens im Zuge der Schadensbehebung eintritt; vergl. dazu auch Oertmann, Anm. 2 b zu § 254 (S. 82). Das bedeutet, daß sich der Schädiger, was seine Haftung für die Schadenserweiterung anbelangt, in den meisten Fällen bis auf einen unbedeutenden Rest oder sogar in vollem Umfang beim Dritten erholen kann. Vergl. dazu oben S. 63 Fußn. 2, 2. Absatz.

3) So offenbar Venzmer, aaO, S. 192 Fußn. 2.

verursacher untereinander[1].

Daraus folgt, daß die Voraussetzungen der §§ 254, 278 tatsächlich vorliegen müssen, wenn der Anspruch des Geschädigten gegen den Schädiger auf Ersatz der Schadenserweiterung nach Maßgabe dieser Bestimmungen verkürzt werden soll. Fehlen ihre Voraussetzungen, so können die §§ 254, 278 nicht dennoch mit der Begründung angewandt werden, dem pro-rata-System gebühre gegenüber der Solidarhaftung der Vorzug. Das käme einer analogen Anwendung des § 254 auf die Ersatzpflicht mehrerer Schädiger gleich, die nicht statthaft ist[2]. Denn sie wäre im Ergebnis allgemeine "Haftungsteilung"[3], die gerade nicht erfolgt.

Nun haben die bisherigen Darlegungen ergeben, daß es dem Wortlaut der §§ 254, 278 bestimmt nicht zu entnehmen ist, ob die Voraussetzungen der Verantwortlichkeit des Geschädigten für die von ihm zur Schadensbehebung zugezogenen Sachkundigen vorliegen oder nicht. Daher ist es geboten, die Frage aus dem Grundgedanken der Regelung heraus zu beantworten. Die bisher erörterten Bemühungen in dieser Richtung befriedigen, wie sich gezeigt hat, nicht.

Ergibt sich im weiteren Verlauf, daß die Anwendung der §§ 254, 278 aus ihrem Grundgedanken heraus gerechtfertigt erscheint, so ist die Vorwegnahme der Schadensverteilung als Rechtsfolge dieser Bestimmungen hinzunehmen, im anderen Falle eben nicht. Als selbständiges Argument[4] für die Anwendung dieser Vorschriften scheidet die Vorwegnahme der Schadensverteilung aus.

---

1) Vergl. Esser, § 60, 9 a; kritisch, de lege ferenda, Heinrich Lange, AcP 156, 123 ff. Der Referentenentwurf (s. oben S. 12 Fußn. 2) sieht eine Aufhebung des Prinzips der Solidarhaftung nicht vor. Es handelt sich um einen bewährten Grundsatz des geltenden Rechts; vergl. Canaris, NJW 67, 1952; anders Rother, NJW 65, 177 ff. (vergl. oben S. 22 Fußn. 6).

2) A.A. offenbar Mitteis in Cosack-Mitteis, Bd. I, S. 396; gegen ihn mit Recht Heinrich Lange, aaO, S. 123 f.

3) Esser, aaO.

4) Natürlich ist auch die Rechtsfolge einer gesetzlichen Regelung bei der Erforschung von deren Grundgedanken zu berücksichtigen.

5. Der Hinweis auf "Widersprüche" in der Rechtsprechung

Planck-Siber[1], Venzmer[2] und Werner[3] verweisen zur Rechtfertigung ihrer Ansicht, wonach der Geschädigte für ein Verschulden der von ihm zur Schadensbehebung zugezogenen Personen nach dem §§ 254, 278 verantwortlich sein soll, endlich auf diejenigen höchstrichterlichen Entscheidungen, die davon ausgehen, daß auch sachkundige Personen Erfüllungsgehilfen des Geschädigten im Rahmen seiner aus § 254 Abs. 2 Satz 1, 2. Teil fließenden Pflichten sein können.

Die genannten Autoren meinen, die Ansicht des Reichsgerichts zum Verschulden des Arztes und der daran anknüpfende Gedanke von der Begrenzung der Schadensminderungspflicht ließen sich mit diesen Entscheidungen, denen zuzustimmen sei, nicht vereinbaren. Sie übersehen oder verschweigen dabei, daß diese Entscheidungen besonders gelagerte Fälle betreffen:

a) In dem vom Reichsgericht in RGZ 55, 329 entschiedenen Falle ging es um die Frage, ob ein Rechtsanwalt als eine Person anzusehen ist, "deren Verschulden der Beschädigte wie eigenes Verschulden im Sinne von § 254 Abs. 2 und § 278 BGB zu vertreten hat"[4]. Der Beklagte, ein Gerichtsvollzieher, hatte im Auftrage des Prozeßbevollmächtigten der Klägerin bei einem Schuldner derselben Vieh gepfändet. Die Pfändung wurde später aufgehoben, weil das Vieh Zubehör eines dem Schuldner gehörenden Landgutes war. In dem kurz darauf über das Vermögen des Schuldners eröffneten Konkursverfahren fiel die Klägerin mit ihrer Konkursforderung aus. Der Gerichtsvollzieher hätte statt des Viehs ein der Pfändung unterworfenes Warenlager des Schuldners pfänden müssen. Weil er dies versäumt hatte, war er der Klägerin zum Schadensersatz verpflichtet.

Nun hätte der Rechtsanwalt der Klägerin den Fehler des Gerichtsvollziehers erkennen müssen und durch geeignete Maßnahmem und Weisungen an den Gerichtsvollzieher den Schaden abwenden können. Das Reichsgericht nahm an, die Klägerin habe sich des Rechtsanwalts zur Erfüllung ihrer Schadensabwendungs- und

---

1) Anm. 5 zu § 254.
2) Mitverursachung, S. 188 ff.
3) Bei Staudinger, Randnr. 68 zu § 254.
4) Leitsatz.

-minderungspflicht bedient und müsse sich sein Verschulden zurechnen lassen. Es hat ausgeführt[1] - und hier zeigt sich in der Tat ein Gegensatz zu seiner Beurteilung des Arztverschuldens[2] - Bei der Verantwortung des Beschädigten nach § 254 Abs. 2 BGB kommt für ein Verschulden des Vertreters oder Gehilfen dessen persönliche Sach- und Rechtskenntnis mit in Betracht, und die Anschauung, daß der Klägerin wegen Unterlassung einer Maßnahme, welche man von ihr, falls sie s e l b s t die Angelegenheit besorgt hätte, nicht verlangen könnte, auch nicht verantwortlich sei, nachdem sie hierzu einen Rechtsanwalt bestellt habe, ist als unzutreffend abzulehnen."[3,4]

Dieser Fall unterscheidet sich von den bisher erörterten in drei Punkten, von denen einer an die Möglichkeit einer besonderen rechtlichen Beurteilung denken läßt:

1. Es handelte sich um das Verschulden eines Rechtsanwalts, der seinem Berufe entsprechend nicht mit der Behebung eines Körper- oder Sachschadens befaßt war, sondern die rechtlichen Interessen seiner Auftraggeberin, der Geschädigten, wahrzunehmen hatte. Die Eigenart der beruflichen Tätigkeit des Rechtsanwalts rechtfertigt eine besondere Beurteilung seines Verschuldens jedoch nicht. Denn auch der Rechtsanwalt wird, wie die mit der Behebung des Schadens befaßten Personen, aufgrund besonderer Sachkunde tätig, die der Geschädigte

---

1) S. 333 f.

2) Vergl. oben S. 37 f.

3) Hervorhebung vom RG.

4) Diese Entscheidung hat das RG in RGZ 115, 185 (188) bestätigt. Hier ging es darum, ob der Prozeßbevollmächtigte erster Instanz Erfüllungsgehilfe des Auftragsgebers mit Bezug auf die Schadensminderungspflicht ist, die dem Auftraggeber gegenüber dem Bevollmächtigten zweiter Instanz obliegt. Das RG verneinte dies hier nur deshalb, weil die Pflicht des erstinstanziellen Vertreters zur Wahrnehmung der Interessen des Geschädigten endete, als die gleiche Pflicht und die Prozeßtätigkeit des zweitinstanziellen Vertreters begannen (S. 189). Vergl. dazu Holzer, JW 27, 512.

selbst nicht besitzt[1].

2. Der vom Reichsgericht als Erfüllungsgehilfe angesehene Rechtsanwalt hätte den gesamten Schaden abwenden können, während die zur Schadensbehebung zugezogenen Personen durch sorgfältige Arbeit lediglich weiteren Schaden verhüten, d.h. den bereits eingetretenen "mindern" können. Auch dieser Unterschied gibt für eine differenzierende Beurteilung keine Veranlassung, denn Schadensabwendungspflicht und Schadensminderungspflicht sind wesensgleich[2].

3. Die nicht unerheblich erscheinende Besonderheit des vom Reichsgericht entschiedenen Falles liegt darin, daß der Sachkundige vom Geschädigten schon v o r dem Verletzungsfall "mit der Wahrnehmung der Angelegenheit, in welcher der Schade eintrat, betraut ... war"[3]. Der Arzt und andere zur Schadensbehebung tätige Sachkundige werden dagegen n a c h dem Verletzungsfall zugezogen, und zwar ausschließlich deshalb, weil der Geschädigte durch den Verletzungsfall in eine Situation geraten ist, die er alleine nicht meistern kann. Es erscheint nicht ausgeschlossen, daß dieser Unterschied eine verschiedene rechtliche Beurteilung erlaubt oder sogar gebietet.

b) Einer weiteren Entscheidung des Reichsgerichts zum Mitverschulden des Rechtsanwalts des Geschädigten[4] lag folgender Fall zugrunde: W hatte gegen den

---

1) Da auch Ärzte einerseits und Kraftfahrzeugmechaniker andererseits, ungeachtet der Verschiedenheit ihrer beruflichen Ausbildung und Aufgabe, aufgrund besonderer Sachkunde tätig werden, die dem Geschädigten fehlt, leuchtet es übrigens nicht ein, wenn vereinzelt angenommen wird, Werkstätten seien Erfüllungsgehilfen des Geschädigten, Ärzte nicht; so, seit der 27. Auflage, Palandt-Danckelmann, Anm. 4 b zu § 254. Vergl. dazu auch oben S. 40 Fußn. 2.

2) Vergl. dazu oben S. 42 f.

3) So die Formulierung des RG (S. 332). Vergl. ferner die ähnlich gelagerten Fälle RGZ 62, 106 (108 a.E.); RG WarnR 1910 Nr. 234.

4) RGZ 167, 76.

Kläger in erster und zweiter Instanz obsiegt. Das Berufungsurteil war für vorläufig vollstreckbar erklärt, die Abwendung der Vollstreckung durch Sicherheitsleistung aber nicht nachgelassen worden, da es der Beklagte, der den Kläger im Berufungsverfahren vertreten hatte, versehentlich unterlassen hatte, den Antrag aus § 713 Abs. 2 ZPO zu stellen. W betrieb mit Erfolg die Vollstreckung gegen den Kläger. Nachdem das Berufungsurteil durch Urteil des Reichsgerichts aufgehoben worden war, wies das Kammergericht durch rechtskräftiges Urteil die Klage des W gegen den Kläger ab und verurteilte W auf die Widerklage zur Rückzahlung der beigetriebenen Beträge. Die Vollstreckung gegen W verlief ergebnislos.

Die Gefahr der drohenden Vollstreckung gegen den Kläger hätte durch einen rechtzeitigen Antrag auf Einstellung der Vollstreckung nach § 719 Abs. 2 ZPO beim Revisionsgericht abgewendet werden können. Der Generalbevollmächtigte des Klägers, ein Rechtsanwalt H, war vom Beklagten wiederholt darauf hingewiesen worden, daß es notwendig sei, einen Einstellungsantrag beim Revisionsgericht zu stellen. Rechtsanwalt H hatte es aber versäumt, dafür zu sorgen, daß dieser Antrag durch den Prozeßbevollmächtigten des Klägers im Revisionsverfahren gestellt wurde.

Das Reichsgericht verneinte jede Ersatzpflicht des Beklagten. Es hat ausgeführt, der Kläger sei gegenüber dem Beklagten sowohl aus dem zwischen ihnen bestehenden Vertragsverhältnis heraus als auch nach § 254 Abs. 2 verpflichtet gewesen, von dem Antrag aus § 719 ZPO Gebrauch zu machen. "Dazu mußte er sich", so heißt es weiter[1], "gemäß § 78 ZPO eines Anwalts bedienen, der deswegen auch in der Pflicht zur Abwendung des drohenden Schadens sein Erfüllungsgehilfe im Sinne des § 278 war ... Der Grundsatz der Haftung für einen Vertreter muß gerade in diesem Falle gelten, wo die Partei ihre Pflicht zur Abwendung der aus dem unbeschränkt vollstreckbaren Urteil drohenden Gefahr nur durch einen Anwalt erfüllen kann. Ebenso muß dieser Grundsatz aber auch gelten für irgendwelche anderen Angestellten oder mit der Bearbeitung des Rechtsstreits betrauten Personen, insbesondere für einen Generalbevollmächtigten, wie es Rechtsanwalt H unstreitig war. Gegen die Anwendung der §§ 254, 278 im vorliegenden Falle bestehen also keine Rechtsbedenken." Das grobe Verschulden des Rechtsanwalts H rechtfertige die volle Entlastung des Beklagten. Ob der

---

1) S. 82.

Prozeßbevollmächtigte des Klägers im Revisionsverfahren den Antrag von sich aus hätte stellen müssen, ließ das Reichsgericht dahingestellt.

Es ist hervorzuheben, daß das Reichsgericht auch in dieser Entscheidung im Ergebnis nur das Mitverschulden einer Person berücksichtigt hat, der die Wahrnehmung der Interessen des Geschädigten ganz allgemein und schon vor dem Verletzungsfall oblag, nämlich das Mitverschulden des Generalbevollmächtigten des Klägers, des Rechtsanwalts H[1].

Allerdings mag die Annahme gerechtfertigt sein, das Reichsgericht habe in dieser Entscheidung unmißverständlich zum Ausdruck gebracht, der Geschädigte sei für das Verschulden seines Anwalts schlechthin verantwortlich, also auch dann, wenn er ihn erst nach dem Verletzungsfall zur Abwendung oder Minderung eines Schadens zuzieht. Geht man davon aus, so zeigt sich hier tatsächlich ein Widerspruch zur Beurteilung des Arztverschuldens durch das Reichsgericht[2,3]. Aber daraus ergibt sich nicht, daß es die Rechtsprechung zum Mitverschulden des Arztes ist, die keine Zustimmung verdient. Es kann in keiner Weise überzeugen, wenn Werner[4] unter Berufung auf die soeben erörterte Entscheidung[5] ausführt, was im Falle des beauftragten Rechtsanwalts recht sei, müs-

---

1) Das übersieht Venzmer, aaO, S. 193 Fußn. 1.

2) Vergl. oben S. 67 f. unter 1. und 2.

3) Dieser Widerspruch wäre auch nicht durch die Annahme zu überbrücken, das RG habe sich für die unbedingte Einstandspflicht des Geschädigten für seinen Anwalt nur für diejenigen Fälle ausgesprochen, in denen die Schadensabwendungs- und -minderungspflicht, wie in dem entschiedenen Falle, auch auf einer vertraglichen Grundlage beruht. Eine größere Intensität dieser Pflicht beim Vorliegen vertraglicher Beziehungen zwischen Schädiger und Geschädigtem könnte man nur annehmen, wenn das spezifisch vertragliche Leistungsversprechen auch die Verpflichtung umfassen würde, etwaige, beim Vollzug der Leistung eintretende Schäden abzuwenden oder zu mindern. Davon wird man jedoch nicht ausgehen können.

4) AaO (vergl. oben S. 66). . .

5) Werner nennt in diesem Zusammenhang neben den bereits besprochenen oder zitierten Entscheidungen noch RG WarnR 1931 Nr. 155 sowie BGHZ 17, 199. In der ersten Entscheidung hat das RG der Klägerin nicht, was Werner offensichtlich übersehen hat, das Mitverschulden ihres Rechtsanwalts zugerechnet, sondern dasjenige ihres Ehemanns. In BGHZ 17, 199

Fortsetzung der Fußnote auf S. 71.

se im Falle des zugezogenen Arztes billig sein. Denn man kann, von den Entscheidungen zum Mitverschulden des Arztes ausgehend, auch vice versa "argumentieren".

c) In einem vom BGH entschiedenen Falle[1] war ein Schiff beschädigt worden, das von der Besatzung eines zweiten Schiffes des Geschädigten geborgen wurde. Der BGH hat beiläufig geäußert, ein etwaiges Verschulden der Besatzung des zweiten Schiffes hätte der Geschädigte "nach § 254 zu vertreten"[2].

Es handelt sich hier um eine ausgesprochenen atypische Fallgestaltung: Die Bergung des beschädigten Schiffes lag in den Händen von Personen, die (schon vor dem Verletzungsfall) in den Organisationsbereich des Geschädigten eingegliedert waren. Die Mannschaft des zweiten Schiffes gehörte sozusagen zu "seinen

---

Fortsetzung der Fußnote von S. 70.

hat der BGH entschieden, die Nachlässigkeit des mit dem Armenrechtsgesuch beauftragten Rechtsanwalts schließe grundsätzlich höhere Gewalt i.S. v. § 203 Abs. 2 BGB aus. Zwar hat die Partei damit nach Ansicht des BGH "im Rahmen des § 203 Abs. 2 BGB (!) grundsätzlich für das Verschulden ihres Prozeßbevollmächtigten einzustehen" (S. 206). Aber die Anwendung des § 278 stand in dieser Entscheidung, worauf der BGH ausdrücklich hinweist (S. 205 f.), nicht zur Debatte, geschweige denn die entsprechende Anwendung dieser Bestimmung nach § 254 Abs. 2 Satz 2. Allerdings hat sich der BGH weitgehend von Risikoerwägungen leiten lassen und dabei bemerkt, der Gedanke einer angemessenen Verteilung des Risikos liege auch den Vorschriften zugrunde, aus denen sich die Haftung für Dritte ergibt (§§ 31, 278, 831, 839). Dieser Gedanke spiele auch eine Rolle bei der vom Gesetz vorgeschriebenen entsprechenden Anwendung des § 278 auf die Fälle des § 254. Aber der BGH hat nicht versäumt hinzuzufügen, je nach Sachlage sei es gerechtfertigt, diese Verteilung des Risikos von Fall zu Fall anders vorzunehmen (S. 207).

1) VersR 58, 122.

2) S. 124.

Leuten"[1]. In aller Regel ist der Geschädigte nach dem Verletzungsfall, wenn er den Schaden beheben lassen möchte, auf die Zuziehung fremder sachkundiger Helfer angewiesen. Die Annahme, daß ein Unternehmer für "seine Leute" (auch) im Rahmen des § 254 Abs. 2 Satz 1, 2. Teil verantwortlich ist, dürfte näher liegen als beispielsweise diejenige, daß der Geschädigte für ein Verschulden des von ihm zugezogenen Arztes einzustehen hat.[2]

d) Schlußfolgerung (Fallgruppen)

Eine nähere Beleuchtung der von Planck-Siber, Venzmer und Werner angesprochenen Entscheidungen gibt also keine Veranlassung, der Meinung dieser Autoren den Vorzug zu geben, wonach der Geschädigte für ein Verschulden der von ihm zur Schadensbehebung zugezogenen Sachkundigen stets nach den §§ 254, 278 verantwortlich sein soll. Es ist auch nicht anzuerkennen, daß die Auffassung dieser Autoren mit den Ergebnissen der Praxis in höherem Maße übereinstimmt als der Gegenstandpunkt. Festzuhalten ist lediglich, daß das Reichsgericht verschiedene Fälle (Mitverschulden des Arztes einerseits, Mitverschulden des schon vor dem Verletzungsfall mit der Wahrnehmung der Angelegenheit, in welcher Schaden eintritt, betrauten Juristen andererseits) unterschiedlich beurteilt hat[3] und daß der BGH in einem atypisch gelagerten Falle von der Verantwortlichkeit des Geschädigten für die zur Schadensbehebung tätigen Fachleute ausgegangen ist.

Nach dem bisher Gesagten kann nicht festgestellt werden, die Differenzierung des Reichsgerichts sei sachlich gerechtfertigt und die Ansicht des BGH sei nur im Hinblick auf die im konkreten Falle gegebene atypische Situation zutreffend. Aber ebensowenig kann ausgeschlossen werden, daß es sich in der Tat so verhält. Daraus ergibt sich eine für den weiteren Fortgang der Untersuchung grundlegende Erkenntnis: Bei der Verschiedenartigkeit der möglichen Fallgestaltungen und der dabei gegebenen Interessenlagen geht es nicht an, die Frage nach der Verantwortlichkeit des Geschädigten für Sachkundige im Bereich seiner

---

1) Vergl. § 431 HGB.

2) Daher kann Venzmer nicht gefolgt werden, der in diese Entscheidung des BGH, indem er sich auf sie beruft (aaO, S. 189 Fußn. 1), offenbar hineinliest, der BGH teile den Standpunkt des RG zum Mitverschulden des Arztes nicht.

3) Siehe aber oben S. 70.

Schadensabwendungs- und -minderungspflicht generell-abstrakt aufzuwerfen und einheitlich, d.h. mit dem Anspruch auf allgemeine Verbindlichkeit, zu beantworten. Eine gewisse Gefahr für sachgerechte Ergebnisse besteht nur dann, wenn das Problem für gleichartige Fälle, für Gruppen typischer Tatbestände[1], gesondert untersucht wird. Damit ist die Bestimmung des Inhalts der Schadensabwendungs- und -minderungspflicht, der ohnehin nur die Bedeutung einer Subsumtionshilfe zukommt,[2] nur für diejenige Fallgruppe relevant, bei der sie erarbeitet wird; d.h. mit der Erstreckung dieser Pflicht auf das gesamte zur Verhütung weiteren Schadens erforderliche Sorgfaltsverhalten[3] oder mit ihrer Begrenzung auf den Bereich der Selbstverantwortung des Geschädigten[4] in einer bestimmten Fallgruppe ist kein allgemeingültiger "Begriff" der Schadensabwendungs- und -minderungspflicht geschaffen.

Diese Untersuchung berührt von den in Frage kommenden Fallgruppen eben diejenigen, bei denen der Geschädigte nach dem Verletzungsfall zum Zwecke der Behebung des Schadens sachkundige Dritte zuzieht[5].

---

1) So schon Reimer Schmidt, Obliegenheiten, S. 170, ganz allgemein, also nicht nur für den Problemkreis der Verantwortlichkeit des Geschädigten für sachkundige Helfer.

2) Vergl. oben S. 33 f., 56.

3) Vergl. oben S. 42 ff., insbes. S. 44.

4) Vergl. oben S. 40 f.

5) Der Lösungsvorschlag Stampes stellt im Grunde genommen nichts anderes dar als den Versuch, der Problematik der Verantwortlichkeit des Geschädigten für Sachkundige im Bereich des § 254 Abs. 2 Satz 1, 2. Teil für den Fall ihrer Zuziehung zur Schadensbeseitigung gerecht zu werden, dabei zwei Fallgruppen zu unterscheiden und für jede von ihnen ein gerechtes Ergebnis zu finden. Stampe meint bekanntlich, ohne seine Lösung überzeugend zu begründen, die Anwendung der §§ 254, 278 sei gerechtfertigt, wenn der Geschädigte den Schaden aus freiem Entschluß selbst beheben lasse (1. Fallgruppe), und sie habe zu unterbleiben, wenn er die Schadensbeseitigung notgedrungen selbst in die Wege leite (2. Fallgruppe). Allerdings wollte Stampe, wie Planck-Siber, Venzmer und Werner, offensichtlich einen einheitlichen "Begriff" der Schadensminderungspflicht nicht aufgeben. Nur so ist sein Vorschlag zu erklären, in der zweiten Fallgruppe die Vorschriften über die G.o.A. anzuwenden; s. oben S. 7 ff., insbes. S. 7 Fußnote 4. . . . Gerade darin liegt die Schwäche seiner Lösung.
Fortsetzung der Fußnote auf S. 74.

Da die Problematik der Verantwortlichkeit des Geschädigten für die von ihm zur Schadensbehebung zugezogenen Sachkundigen, wie sich gezeigt hat, in überzeugender Weise bisher nicht behandelt worden ist, soll im folgenden wenigstens für die praktisch wichtigste der dabei in Betracht kommenden Fallgruppen eine Lösung versucht werden. Als die praktisch wichtigste Fallgruppe ist diejenige anzusehen, bei der die nach dem Verletzungsfall regelmäßig oder typischerweise vorhandene Situation gegeben ist:

Der Geschädigte ist außerstande, den eingetretenen Körper- oder Sachschaden persönlich oder durch die Inanspruchnahme von Personen zu beheben, die ihm in seinem eigenen Organisationsbereich zur Verfügung stehen. Er ist vielmehr auf die Hilfe derjenigen angewiesen, die jedermann zur Behebung des Schadens in Anspruch nehmen kann. Er schaltet diese Personen zur Schadensbeseitigung ein[1].

Fortsetzung der Fußnote von S. 73.

Denn dieser Vorschlag, der schon bei einem ersten Zusehen befremdet (ähnlich mit Recht Hörstel, VersR 67, 17), ist, wie dargelegt, dogmatisch unhaltbar. Der gewünschte Erfolg, so hätte Stampe sagen müssen, läßt sich "juristisch" dadurch erreichen, daß man die Schadensminderungspflicht in der ersten Fallgruppe in der im Text bezeichneten Weise ausdehnt und in der zweiten entsprechend begrenzt.
Einen Ansatz zur Fallgruppenbildung enthält auch das Urteil des LG Detmold VersR 67, 510, wonach sich der Geschädigte der Werkstatt "nur dann" als seines Erfüllungsgehilfen bedienen soll, wenn er anstelle der Werkstatt auch selbst zur Ausführung der Reparatur imstande gewesen wäre.

1) Außer Betracht bleiben also einmal die seltenen Fälle, in denen der Geschädigte, weil er zufällig Kraftfahrzeugmechaniker oder Arzt usw. ist, den Schaden hätte persönlich beheben können; vergl. die vorhergehende Fußnote, 2. Abs. Grundsätzlich unberücksichtigt bleibt ferner die Fallgruppe, bei der der Geschädigte in der Lage ist, den Schaden zwar nicht persönlich, aber durch "seine Leute" zu beheben. Innerhalb dieser Fallgruppe ist übrigens an folgende Differenzierung zu denken: 1. Der Geschädigte läßt den Schaden, wie in dem vom BGH entschiedenen Falle, durch "seine Leute" beheben; vergl. dazu unten S. 82 Fußn. 2, S. 84 Fußn. 3. 2. Er zieht, obwohl er den Schaden in eigener Regie beheben lassen könnte, fremde Hilfskräfte zu.
Fortsetzung der Fußnote auf S. 75.

VI. Lösungsversuch für die wichtigste Fallgruppe

Wie dargelegt, argumentieren v. Leyden, Hörstel, Böhmer sowie das OLG Kassel (mit unterschiedlichem Ergebnis) aus der ratio des § 278 selbst. Auch die hier entwickelte Lösung beruht, cum grano salis, auf dieser Grundlage. Da es sich im Falle des § 254 Abs. 2 Satz 2 um eine Verweisung handelt, die zudem die "entsprechende" Anwendung des § 278 anordnet, ist, was die Genannten versäumt haben, zunächst darzutun, warum und inwieweit die Betrachtung des Grundgedankens des § 278 den Weg zur Lösung weist.

1. Die Argumentation aus dem Grundgedanken des § 278

Zur Berücksichtigung des Grundgedankens des § 278 führt die Beachtung des Zusammenhangs, der zwischen der Regelung des § 254 und den Grundsätzen besteht, die für die Schadensersatzpflicht gelten. Dieser Zusammenhang ist zunächst für die Fälle des § 254 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 (Mitverschulden des Geschädigten) zu verdeutlichen.

Die bloße Mitverursachung des Schadens durch den Geschädigten reicht zur Begründung seiner Mitverantwortlichkeit nicht aus. Der zu teilende Schaden muß vielmehr auch vom Geschädigten in zurechenbarer Weise verursacht sein[1]. Das Gesetz verlangt ferner ein schuldhaftes Verhalten des Geschädigten. Darüber sind Rechtsprechung und Lehre freilich hinausgegangen: Der Geschädigte muß sich eine Teilung des Schadens (über entsprechende spezialgesetzliche Regelungen hinaus) auch dann gefallen lassen, wenn bei der Entstehung des Schadens auf seiner Seite eine von ihm nach Grundsätzen der Gefährdungshaftung zu verant-

---

Fortsetzung der Fußnote von S. 74.

Für die Unterscheidung Stampes (s. oben S. 73 Fußn. 5, 1. Absatz) ergeben sich im folgenden Gesichtspunkte, die Stampe selbst nicht gesehen oder beim Namen genannt hat; vergl. unten S. 85 f. Letztlich ist seine Differenzierung, wie sich zeigen wird, aber doch nicht zu halten. Daher unterbleibt eine Unterteilung der im Text genannten Fallgruppe nach dem Vorbild Stampes.

1) Siehe oben 29.

wortende Sach- oder Betriebsgefahr mitgewirkt hat[1].

Die Verfasser des BGB gingen davon aus, daß eine Schadensersatzpflicht im allgemeinen nur durch ein schuldhaftes Verhalten begründet werden könne[2]. "Dementsprechend", so heißt es bei Larenz[3], "forderten sie als Voraussetzung einer Mitverantwortung des Verletzten auch auf seiner Seite ein Verschulden." Die Ausdehnung der Verantwortungsgründe des Geschädigten über das Verschulden hinaus erfolgte Hand in Hand mit der Erkenntnis, daß die Schadensersatzpflicht in den Fällen der Gefährdungshaftung auf einem in sich tragfähigen, selbständigen Zurechnungsprinzip beruht[4].

Der Geschädigte ist also dann, aber auch nur dann mitverantwortlich, wenn auf seiner Seite die Voraussetzungen vorliegen, unter denen er bei Schädigung fremder Güter schadensersatzpflichtig wäre[5]. In § 254 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 kehren somit die Prinzipien der Schadenszurechnung wieder.

Bei diesem Verständnis des § 254 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 ist es naheliegend und sachgerecht anzunehmen, daß die durch § 254 Abs. 2 Satz 2 angeordnete Verantwortlichkeit des Geschädigten für seine Gehilfen auf denselben Gründen

---

1) Vergl. dazu Larenz, SchR I, S. 178. Diese Praxis soll gesetzlich sanktioniert werden. Nach Art. 1 Nr. 1 des Referentenentwurfs (s. oben S. 12 Fußn. 2) ist die Schaffung eines § 254 Abs. 4 folgenden Inhalts geplant: "Hat bei der Entstehung des Schadens eine Ursache mitgewirkt, die ohne Rücksicht auf ein Verschulden des Geschädigten dessen Ersatzpflicht gegenüber dem Schuldner begründen würde, wenn diesem ein Schaden entstanden wäre, so gelten die Vorschriften des Absatz 1 und 3 entsprechend." Vergl. zu " § 254 Abs. 3" oben S. 34 Fußn. 1.

2) Vergl. Larenz, SchR I, S. 178.

3) AaO.

4) Vergl. Larenz, aaO, sowie Larenz, Methodenlehre, S. 294.

5) Vergl. BGH VersR 63, 380 (382); BGH VersR 68, 351 (352); Esser, § 64, 3 a; Larenz, Methodenlehre, S. 294; vergl. ferner die Formulierung des im Referententwurf vorgesehenen § 254 Abs. 4 (s. oben Fußnote 1); Kablitz, JZ 59, 348 f.

beruht wie die Haftung des Schuldners für Erfüllungsgehilfen[1]. Auch dabei ist freilich der spezifischen Problematik der Regelung des § 254 Rechnung zu tragen, die darin besteht, daß es sich nicht um die Begründung einer Schadensersatzpflicht des Geschädigten, sondern um die Begründung seiner Mitverantwortlichkeit für eigenen Schaden handelt. Wie das "Verschulden" des Geschädigten aus diesem Grunde in den Fällen des § 254 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 in einem "weiteren"[2] Sinne verstanden werden muß, so ist auch davon auszugehen, daß die Zurechnungsgründe des § 278 im Falle des § 254 Abs. 2 Satz 2 in einem übertragenen, "entsprechenden" Sinne wirksam sind.

Deshalb muß ein Lösungsversuch für die hier zu erörternde zweifelhafte Fallgruppe[3], der dem Grundgedanken der nach § 254 Abs. 2 Satz 2 bestehenden Verantwortlichkeit des Geschädigten gerecht werden soll[4], auf die "ratio" des § 278 zurückgreifen: Es ist zu prüfen, ob die Zurechnungsgründe, die die Verantwortlichkeit für Erfüllungsgehilfen rechtfertigen, in dieser Fallgruppe auf der Seite des Geschädigten in einer vergleichbaren Weise vorhanden sind oder nicht. Das Verfahren[5] wird dadurch erschwert, daß keine volle Klarheit dar-

---

1) Man könnte auch sagen, die Vorschrift des § 254 Abs. 2 Satz 2 sei in einem materialen Sinne Rechtsgrundverweisung. Es ist jedoch zu beachten, daß man mit der Verwendung des Begriffs "Rechtsgrundverweisung" im Falle des § 254 Abs. 2 Satz 2 normalerweise zum Ausdruck bringen möchte, die entsprechende Anwendung des § 278 im Rahmen des § 254 setze eine Sonderverbindung zwischen Schädiger und Geschädigten, eine "Verbindlichkeit" i.S. d. § 278, voraus; vergl. Medicus, NJW 62, 2081. Darum, ob eine Rechtsgrundverweisung in diesem (formalen) Sinne vorliegt, geht es hier nicht; vergl. oben S.33 Fußn. 7 , sowie unten Fußn. 5.

2) So Larenz, SchR I, S. 178, allerdings nur für den Fall des § 254 Abs. 1

3) Siehe oben S.74.

4) Vergl. oben S. 65.

5) Es macht sich nicht, wie man vielleicht meinen könnte, den oft kritisierten "Parallelismus" (Oertmann) zu eigen, den die Rechtsprechung dadurch betreibt, daß sie annimmt, der Geschädigte solle "für seine Hilfspersonen in derselben Weise einstehen ... wie der Schädiger" (RGZ 79, 312 (319)). Die Gleichbehandlungstheorie der Rechtsprechung besagt, der Geschädigte sei für seine Gehilfen nach den §§ 25., 278 nur dann verantwortlich, wenn (auch) der Schädiger nach § 278 hafte, d.h. schadenser-

Fortsetzung der Fußnote auf S. 78.

über herrscht, auf welchen Leitgedanken die Verantwortlichkeit für Erfüllungsgehilfen beruht[1]. Die folgende Darstellung verzichtet weitgehend auf eine kritische Erörterung der geäußerten Ansichten. Sie beschränkt sich im wesentlichen auf eine Aneinanderreihung der Gesichtspunkte, die man gemeinhin alleine oder in Verbindung mit anderen für maßgebend erachtet.

Dabei werden auch diejenigen Gründe berücksichtigt, die in erster Linie oder ausschließlich zur Erklärung der Haftung des Vertragsschuldners herangezogen werden können[2], obwohl der Geschädigte dem Schädiger nicht auf vertraglicher Grundlage zur Wiederherstellung des beschädigten Gutes verpflichtet

---

Fortsetzung der Fußnote von S. 77.

satzpflichtig werden könne, also nur innerhalb eines bestehenden Schuldverhältnisses (vergl. RG aaO). Hier geht es nicht um die Bestimmung der Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit § 278 im Rahmen des § 254 überhaupt zur entsprechenden Anwendung kommen kann. Nach dem Verletzungsfall, also im Bereich des § 254 Abs. 2 Satz 1, 2. Teil, ist der Geschädigte nach einhelliger Auffassung für seine Gehilfen nach den §§ 254 Abs. 2 Satz 2, 278 auch dann verantwortlich, wenn bei der Entstehung des (ersten) Schadens eine Sonderverbindung zwischen Schädiger und Geschädigtem nicht vorhanden war; s. oben S. 33 Fußn. 7. Es handelt sich hier um die nähere Bestimmung des Personenkreises, für den der Geschädigte im Bereich des § 254 Abs. 2 Satz 1, 2. Teil nach den §§ 254 Abs. 2 Satz 2, 278 einstehen soll; s. oben S. 33 f., S. 41 Fußn. 7. Dabei ist zu prüfen, ob die bei der Haftung für Erfüllungsgehilfen wirksamen Zurechnungsgesichtspunkte in der hier zu erörternden Fallgruppe auf der Seite des Geschädigten in einer vergleichbaren Weise vorhanden sind oder nicht. Zur problematischen Gleichbehandlungstheorie der Rechtsprechung bestehen also keine Verbindungslinien. Kleindienst, ein entschiedener Gegner dieser Theorie, beruft sich in JZ 57, 462 sogar zur Begründung seiner Auffassung, wonach der Geschädigte im Falle des § 254 Abs. 1 auch beim Fehlen einer Sonderverbindung nach den §§ 254 Abs. 2 Satz 2, 278 verantwortlich sein soll, u.a. gerade auf den Sinn der Haftung für Erfüllungsgehilfen: "Der Beschädigte ... macht sich ... die moderne gesellschaftliche Arbeitsteilung zunutze.... "In dem gleichen Zusammenhang heißt es bei Enneccerus-Lehmann, § 16 II 2, u.a., der Geschädigte habe "immerhin auf sein Personal Einfluß".

1) Vergl. Oertmann, Interesse und Begriff, S. 23.

2) Vergl. dazu oben S. 51 Fußn. 2.

ist[1]. Die Außerachtlassung dieser Gesichtspunkte erschiene aus zwei Gründen nicht unbedenklich. Einmal ist es im einzelnen nicht unzweifelhaft, welche Zurechnungsgründe lediglich bei der Haftung des Vertragsschuldners wirksam sein können[2]. Zum anderen dürfte in der Entscheidung des Geschädigten, die Wiederherstellung nicht gemäß § 249 Satz 1 dem Schädiger zu überlassen, sondern selbst in die Wege zu leiten, ein rechtsgeschäftliches Element enthalten sein[3].

Es wird sich zeigen, daß die Verantwortlichkeit des Geschädigten für die von ihm zur Schadensbehebung zugezogenen Sachkundigen unter keinem der in Betracht kommenden Aspekte gerechtfertigt erscheint.

2. Die Gründe der Verantwortlichkeit für Erfüllungsgehilfen

a) Zur Erklärung der Haftung nach § 278 wird in erster Linie hervorgehoben, der Schuldner bediene sich mit der Zuziehung von Gehilfen der Arbeitsteilung; er erweitere dadurch seinen Geschäfts- und Tätigkeitsbereich, auch seine Verdienstmöglichkeiten; deshalb müsse er auch für das Risiko eines schuldhaften[4] Versagens seiner Gehilfen einstehen, d.h. den bei Verwirklichung dieses Risi-

---

1) Vergl. oben S. 7 Fußn. 4.

2) So steht beispielsweise der Vertrauensgedanke (S. 83 f.) sicherlich in engem Zusammenhang mit den Erfordernissen des rechtsgeschäftlichen Verkehrs; vergl. Larenz, JuS 65, 377. Aber es läßt sich wohl kaum sagen, er könne bei der Haftung für Erfüllungsgehilfen außerhalb des Vertragsrechts schlechterdings keine Rolle spielen; vergl. dazu auch Diederichsen, Die Haftung des Warenherstellers, S. 298 ff. Das gleiche gilt für die Vorteil-Nachteil-Maxime (sogleich im Text unter a; vergl. insbes. S. 82 Fußn. 2).

3) Vergl. oben S. 9.

4) Aus dem Verschuldensprinzip ist die Haftung (des Schuldners) nicht zu erklären; Larenz, SchR I, S. 234. Denn der Verschuldensgedanke besagt nur, daß der Mensch sein eigenes, ihm vorwerfbares Verhalten zu verantworten hat; Larenz, JuS 65, 378. Larenz schreibt allerdings hier, die Haftung lasse sich aus diesem Grunde aus dem Verschuldensprinzip "allein" nicht rechtfertigen.

kos entstehenden Schaden ersetzen[1]. Danach liegt der Haftung der Gedanke einer gerechten oder "angemessenen"[2] Verteilung des Risikos zugrunde[3]. Es erscheint angemessen, das Risiko des Gehilfenverschuldens dem Schuldner zuzurechnen, weil er es ist, der sich zur Erweiterung seines Betätigungsfeldes und seiner Gewinnaussichten der Arbeitsteilung bedient. Die Haftung erscheint gleichsam als der Preis, den der Schuldner dafür zu bezahlen hat, daß es ihm gestattet ist, Gehilfen einzuschalten und den Nutzen davon zu haben[4].

Geht man von diesem Verständnis der Haftung aus, so wäre die Verantwortlichkeit des Geschädigten für die von ihm zur Schadensbehebung zugezogenen sachkundigen Personen in der Tat nicht "sinngemäß"[5]. Zwar ist Böhmer zuzugeben, daß auch der Geschädigte "den Vorteil der Arbeitsteilung hat", wenn er einen Arzt oder Handwerker zur Schadensbeseitigung zuzieht[6]. Aber wenn Böhmer meint, der Geschädigte müsse "daher den Nachteil tragen", so kann ihm darin nicht gefolgt werden. Wer den Vorteil der Arbeitsteilung hat, muß nicht schon deshalb gerechterweise auch für deren Risiken einstehen. Die Arbeitsteilung macht sich heutzutage jeder Verkehrsteilnehmer in vielfältiger Weise zunutze, wobei es durchaus nicht angebracht wäre, ihm stets auch die damit verbundenen

---

1) Vergl. Larenz, SchR I, S. 233 f.; Enneccerus-Lehmann, § 44 I 1; Esser, § 58, 2; Blomeyer, S. 127; Palandt-Danckelmann, Anm. 1 zu § 278; Soergel-Schmidt, Randnr. 1 zu § 278; Staudinger-Werner, Randnr. 1 zu § 278.

2) So BGHZ 17, 199 (207); s. oben S. 70 Fußn. 5.

3) Vergl. Larenz, JuS 65, 378.

4) Vergl. die Ausführungen von Larenz zur Gefährdungshaftung in JuS 65, 374. Wenn der Grund für die Haftung nach § 278 in der Ausweitung des Geschäfts- und Risikobereichs des Schuldners liegt, dann besteht ein Zusammenhang zwischen der Gefährdungshaftung und der Verantwortung für Erfüllungsgehilfen mindestens insoweit, als beide auf dem Prinzip der "Zurechnung eines bestimmten Risikos an den Nutznießer dieses Risikos" (Larenz) beruhen; vergl. Larenz, aaO, S. 374, 378; vergl. dazu auch Erman, Anm. 1 zu § 278; Planck-Siber, Anm. 1 zu § 278; RGR Komm., Anm. 1 zu § 278; vergl. aber unten S. 81 Fußn. 3.

5) OLG Kassel; s. oben S. 50 ff.

6) Siehe oben S. 60 f.

Risiken zuzuschreiben[1]. So hat beispielsweise auch der Gläubiger des Schuldners, der mit Gehilfen arbeitet, in vielen Fällen den Vorteil der Arbeitsteilung[2], nämlich immer dann, wenn der Schuldner, weil er Gehilfen beschäftigt, billiger oder schneller leisten kann[3]. Dennoch würde eine Beteiligung des Gläubigers an dem mit der Zuziehung von Schuldnergehilfen verbundenen Risiko mit der Folge eines Fortfalls oder einer Verkürzung seines Schadensersatzanspruchs bei Verwirklichung dieses Risikos nicht einleuchten[4]. Angemessen erscheint es eben alleine, die Risiken der Arbeitsteilung demjenigen zuzurechnen, der sich ihrer bedient, um dadurch seinen Geschäfts- oder Tätigkeitsbereich zu vergrößern[5] oder seinen Unternehmergewinn zu steigern[6].

Es liegt auf der Hand, daß der Geschädigte mit der Zuziehung Sachkundiger zum Zwecke der Wiederherstellung des beschädigten Gutes nicht seine Gewinnchancen steigert. Seine Sorge um die Behebung des Schadens ist in der Regel mit Zeitverlust und Verdienstausfall verbunden. Er erweitert auch nicht sei-

---

1) Vergl. zur entsprechenden Frage bei der Gefährdungshaftung die Ausführung in der Begründung des Referentenentwurfs (s. oben S. 12 Fußn. 2), S. 5 f.

2) Vergl. Wilburg, Haftung für Gehilfen, S. 8.

3) Fast alle Gegenstände des modernen Leistungsverkehrs wären ohne das Prinzip der Arbeitsteilung überhaupt nicht oder doch nicht in der erforderlichen und vorhandenen Qualität zu erbringen. Daher sollte man im Falle des § 278 heute, wenn man den Risikogedanken schon bemüht, allenfalls von einer Erweiterung des Risikobereichs des Schuldners, nicht aber davon sprechen, daß der Schuldner durch die Zuziehung von Gehilfen die Interessen des Gläubigers gefährde; so aber Böhmer, aaO, ("Verschlechterung" der Lage des Gläubigers); Palandt-Danckelmann, aaO, bis zur 24. Aufl. (1965); ähnlich Adomeit, NJW 67, 1994; Soergel-Schmidt, aaO.

4) Ungenau also Hörstel, aaO; s. oben S. 48 Fußn. 4.

5) "Eisenbahn und Post sind nicht Erfüllungsgehilfen des Absenders, weil sie jedermann in gleicher Weise zur Verfügung stehen und der Schuldner durch ihre Benutzung seinen Tätigkeitsbereich nicht erweitert. Aus dem gleichen Grunde ist der Gerichtsvollzieher nicht Erfüllungsgehilfe des die Vollstreckung betreibenden Gläubigers." Larenz, SchR I, S. 235.

6) Vergl. Enneccerus-Lehmann, aaO.

nen Tätigkeitsbereich, schon weil er Personen einschaltet, die jedermann zur Schadensbehebung in Anspruch nehmen kann[1,2]. Der Geschädigte möchte seine Entfaltungsmöglichkeit wiedererlangen, die durch die Verletzung seiner Person oder die Beschädigung seiner Sachen beeinträchtigt worden ist.

Man könnte noch anführen, die Haftung des Schuldners erscheine nicht nur dann angebracht und billig, wenn er sich der Arbeitsteilung zur Erweiterung seines Tätigkeitsbereichs und seiner Verdienstmöglichkeiten bediene; es genüge vielmehr, daß er sich durch die Zuziehung eines Dritten wenigstens Erleichterung verschaffe[3]. Erleichterung verschaffe sich auch der Geschädigte, wenn er zur Behebung des Schadens einen Dritten zuziehe.

Auch diese Erwägung ist nicht zutreffend. Denn von einer Erleichterung durch die Zuziehung eines Dritten kann doch nur dann die Rede sein, wenn der Zuziehende vor der Alternative steht, die fragliche Verrichtung selbst vorzunehmen oder durch einen anderen ausführen zu lassen[4]. Vor dieser Alternative steht der

---

1) Vergl. oben S. 81 Fußn. 5.

2) In dem vom BGH behandelten Schiffsfall (s. oben S. 71 f.) könnte man immerhin sagen, der Geschädigte habe durch die Eingliederung Dritter in seinen Organisationsbereich seine Leistungsfähigkeit generell erhöht, so daß es angemessen sei, ihm auch ein nach dem Verletzungsfall gelegenes Verschulden "seiner Leute" zuzurechnen.
Auch in den vom RG entschiedenen Rechtsanwaltsfällen (s. oben S. 66 ff.) mag eine andere Beurteilung am Platze sein. Denn von einer Erweiterung des Tätigkeitsbereichs kann man sprechen, wenn jemand die Wahrnehmung seiner Interessen schon vor dem Verletzungsfall und ohne jeden Zusammenhang mit ihm einem Rechtsanwalt anvertraut (RGZ 55, 329) und erst recht, wenn jemand einen Volljuristen als seinen Generalbevollmächtigten anstellt (RGZ 167, 76).

3) Vergl. Enneccerus-Lehmann, aaO; Larenz, SchR I, S. 234.

4) Diese Auffassung steht im Einklang mit den Erwägungen, die eine Begrenzung der Verantwortlichkeit des Vormunds und der Eltern im Rahmen ihrer Sorgepflicht gebieten; s. oben S. 56 Fußn. 1 und 2. Es kann auch nicht eingewendet werden, auch der Schädiger, der Ersatz nach § 249 Satz 1 leiste, stehe nicht vor der Alternative, den Schaden selbst zu beheben oder durch Dritte beheben zu lassen, und er hafte dennoch für ein Verschulden der von ihm zugezogenen Sachkundigen nach § 278. Denn gegen diese Haf-

Fortsetzung der Fußnote auf S. 83.

Geschädigte in der hier zu erörternden Fallgruppe nicht, weil er zur Behebung des Schadens außerstande ist. Gegen die Annahme einer Erleichterung spricht ferner, daß der Geschädigte den Schaden in der überwiegenden Mehrzahl sämtlicher Körper- und Sachschadensfälle nicht selbst beheben kann. Die Anrufung sachkundiger Hilfe zur Wiederherstellung des beschädigten Gutes erscheint daher als ein allgemein üblicher, ja notwendiger und ganz selbstverständlicher Vorgang.

Erleichterung verschafft sich der Geschädigte, wenn er in dem Bereich, in dem er nach dem Verletzungsfall selbst tätig werden kann, Helfer zuzieht[1]. Hier kann man sagen, er halte seine Arbeitskraft oder Freizeit für andere Zwecke frei, es erscheine angemessen, ihm zum Ausgleich dafür das mit der Zuziehung solcher Helfer verbundene Risiko zuzurechnen[2].

b) Ob die Vorstellung vom Ausgleich von Vorteil und Nachteil in Verbindung mit dem Risikogedanken der Eigenart der Haftung für Erfüllungsgehilfen ganz gerecht wird, ist nicht unzweifelhaft. Nach überwiegender Auffassung spielt jedenfalls daneben der Vertrauensgedanke eine hervorragende Rolle[3]. Die Frage nach seiner näheren Ausgestaltung im Falle des § 278 wird allerdings nicht durchweg angesprochen. Nach Esser[4] beruht die Gehilfenhaftung auf dem Vertrauensschutz, "den der mit dem Schuldner allein als Geschäftsgegner rechnende Verkehr verdient"[5]. In ähnlichem Sinne führt Larenz aus[6]: "Der Gläubiger soll darauf vertrauen dürfen, daß, wenn der Schuldner sich schon eines Gehil-

---

Fortsetzung der Fußnote von S. 82.

tung bestehen erhebliche Bedenken, die mit dem Gesichtspunkt der "Erleichterung" nicht zusammenhängen; s. oben S. 57 Fußn. 3.

1) Beispiel oben S. 41 Fußn. 7.

2) Siehe jedoch oben S. 73 Fußn. 1.

3) Nach Larenz, JuS 65, 378, handelt es sich um eine gesetzliche Einstandspflicht, "die teils auf dem Vertrauensgedanken, teils wohl auch auf einer eigenartigen Risikozurechnung beruht". Ähnlich wohl auch Esser, § 58, 2; Blomeyer, aaO; Soergel-Schmidt, aaO.

4) Lehrbuch, § 58, 2 b.

5) Davon geht, freilich in anderem Zusammenhang, auch Böhmer aus, indem er zu r Erklärung der Haftung nach § 278 u. a. darauf hinweist, daß der Gläubiger in aller Regel die Leistung von dem ihm bekannten Schuldner persönlich erwarte; MDR 61, 566.

6) AaO.

fen bedient, dieser dieselbe Sorgfalt walten läßt, die er von dem Schuldner selbst erwarten kann."

Nach dem Verletzungsfall mag der Schädiger vom Geschädigten erwarten können, daß er alles veranlaßt, was er veranlassen kann, damit der Schaden gering bleibt. Aber das Können und die Fähigkeiten, die zur Schadensbehebung selbst erforderlich sind, kann der Schädiger vom Geschädigten nicht erwarten. Wenn der Geschädigte alles ihm zur Verhütung weiteren Schadens Mögliche getan hat, können er und der Schädiger hoffen, daß die Wiederherstellung des beschädigten Gutes ohne Komplikationen und Verzögerungen glückt. Ein an die Person des Geschädigten gerichtetes Vertrauen des Schädigers auf eine ordnungsgemäße Durchführung Sachkunde verlangender Maßnahmen ist nicht vorhanden und daher auch nicht zu schützen.

Auch der Gedanke des Vertrauensschutzes deckt also allenfalls die Verantwortlichkeit des Geschädigten für diejenigen Helfer, die im Bereich seiner Eigenverantwortung für ihn tätig werden[1,2]. Dagegen rechtfertigt er die Einstandspflicht des Geschädigten für die von ihm zur Schadensbehebung zugezogenen Sachkundigen nicht[3].

---

1) Beispiel oben S. 41 Fußn. 7.

2, Siehe jedoch oben S. 73 Fußn. 1.

3) Wiederum erscheint eine abweichende Beurteilung in den Fällen nicht ausgeschlossen, die dem vom BGH behandelten Schiffsfall (s. oben S. 71 f.) entsprechen. Hier kann man vielleicht mit einer gewissen Berechtigung sagen, wenn der Geschädigte den Schaden in seinem eigenen Organisationsbereich beheben lasse, so könne der Schädiger darauf vertrauen, daß dies auch mit der erforderlichen Sorgfalt und Sachkunde geschehe.
Eine andere Beurteilung mag auch in denjenigen Fällen möglich sein, in denen der Geschädigte, wie in den vom RG entschiedenen Rechtsanwaltsfällen (s. oben S. 66 ff.), Sachkundige schon vor dem Verletzungsfall mit der Wahrnehmung der Angelegenheit, in welcher der Schaden eintrat, betraut hatte. Venzmer mag recht haben, wenn er aaO, S. 190 f. ausführt, die Tatsache, daß ein Teil sich der Hilfe einer anderen Person bediene, wirke sich auf das Verhalten der Gegenpartei aus. Sie richte sich auf diesen Tatbestand ein. Das wiederum sei von Einfluß auf die Pflichten des Geschädigten. Diese Erwägung kann jedoch, was Venzmer nicht

Fortsetzung der Fußnote auf S. 85.

c) In den Motiven zum BGB[1] wird die Verantwortung für Erfüllungsgehilfen u.a. mit einem Gesichtspunkt begründet, der dem Gedanken des Vertrauensschutzes nahe stehen mag, und den manche mit dem Hinweis auf das "Vertrauen" des Gläubigers sicherlich erfassen wollen. Es heißt in den Motiven, im Leistungsversprechen des Schuldners erblicke der Verkehr die Übernahme der Garantie für das ordnungsgemäße Verhalten der Personen, deren Mitwirkung bei der Leistung sich zu bedienen dem Schuldner gestattet sei. Bei dieser Betrachtungsweise beruht die Einstandspflicht des Vertragsschuldners auf einem Garantieversprechen[2], das im Vertragsschluß selbst gelegen ist[3].

Nun ist der Geschädigte dem Schädiger nicht auf vertraglicher Grundlage zur Wiederherstellung des beschädigten Gutes verpflichtet[4], Aber immerhin entscheidet er sich dafür, die Wiederherstellung nicht dem Schädiger zu überlassen (§ 249 Satz 1), sondern statt dessen den dazu erforderlichen Geldbetrag zu verlangen (§ 249 Satz 2) und selbst für die Beseitigung des Schadens zu sorgen. Man könnte erwägen, ob er damit rechtsgeschäftlich oder doch quasi rechtsgeschäftlich die Garantie für das ordnungsgemäße Verhalten der auf seine Veranlassung mit der Schadensbehebung befaßten Personen übernimmt.

Fortsetzung der Fußnote von S. 84.

sieht oder zu Unrecht bestreitet, sinnvollerweise nur in der soeben bezeichneten Fallgruppe angestellt werden. Wenn ein Kraftfahrer bei einem Unfall auf der Autobahn an Person und Sache verletzt wird, dann kann sich der Schädiger nicht darauf "einrichten", daß die ärztliche Behandlung des Geschädigten und die Reparatur seines Fahrzeugs ordnungsgemäß durchgeführt werden.

1) Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, S. 30.

2) Vergl. Larenz, SchR I, S. 216 f.

3) Davon dürfte v. Caemmerer, Juristentagsfestschrift, S. 118 Fußn. 300, ausgehen; er führt u.a. aus, das Einstehen für Erfüllungsgehilfen sei eine Garantiehaftung, die dem typischen Sinn des Vertrages entspreche. Der Schuldner müsse die Garantie des § 278 vernünftigerweise übernehmen (!) und der Gläubiger könne sich normalerweise auf nichts anderes einlassen, weil der Schuldner die Möglichkeit der Auswahl und der Überwachung und des sachgerechten Einsatzes seiner Hilfskräfte habe und außerdem die Beweislage beherrsche, während der Gläubiger in die Interna des Betriebes keinen Einblick habe.

4) Vergl. oben S. 7 Fußn. 4.

Hier kommt nun der Unterscheidung Stampes[1] eine gewisse Bedeutung zu. Denn der Gedanke an ein Garantieversprechen dürfte in den Fällen, in denen der Geschädigte "ohne zwingenden Grund von der Naturalrestitution Abstand genommen hat", näher liegen als in denjenigen, in denen er den Schaden "notgedrungen" selbst beheben läßt, "etwa weil Gefahr im Verzuge oder weil er ... darüber, w e r ihn verletzt hat, noch in Unkenntnis ist". Indessen liegen die Voraussetzungen eines rechtsgeschäftlichen oder auch quasi rechtsgeschäftlichen Garantieversprechens schon in der ersten Fallgruppe nicht vor: Der Geschädigte beobachtet mit der Zuziehung Sachkundiger zur Schadensbehebung kein äußeres Verhalten, das nach der Verkehrssitte den Schluß auf seine Bereitschaft zur Tragung des mit der Schadensbehebung verbundenen Risikos zuläßt[2]. Denn jedermann geht davon aus, daß der Geschädigte nach dem Verletzungsfall keine Veranlassung hat, dem Schädiger etwas zu versprechen, oder in Aussicht zu stellen[3]. Erst recht ist sein Wille nicht auf die Abgabe eines Garantieversprechens gerichtet. Er nimmt mit der Wahl des durch die Vorschrift des § 249 Satz 2 eröffneten Weges sein eigenes Interesse wahr, wozu er vorbehaltlos berechtigt ist[4]. Die Annahme eines Garantieversprechens würde auf eine Fiktion hinauslaufen, über die sich höchstens diskutieren ließe, wenn bestimmte Gründe dafür sprechen würden, dem Geschädigten das Verschulden der von ihm zur Schadensbehebung zugezogenen Sachkundigen zuzurechnen[5]. Und solche Gründe haben sich bis jetzt nicht gezeigt.

d) Die Haftung des § 278 wird auch mit der Einwirkungsmöglichkeit des Schuldners auf seine Gehilfen erklärt, die darin besteht, daß er sie auswählen und über-

---

1) Siehe oben S. 7 ff., 56 ff.

2) Vergl. Lehmann-Hübner, S. 146.

3) Es ist vielleicht übertrieben ausgedrückt, aber im Grunde durchaus zutreffend, wenn Cohn ausführt, der Geschädigte könne nicht den guten Willen und die Geschicklichkeit des Arztes vertreten, er habe ein Recht darauf, beides als vorhanden anzunehmen und zu erklären (!), daß er zu dieser Vertretung und damit zur Abwendung und Minderung des Schadens außerstande (!) sei (Gruch. 43, S. 125).

4) Vergl. oben S. 8 f.

5) Vergl. die oben S. 85 Fußn. 3 wiedergegebenen Ausführungen von v. Caemmerer zur Verantwortung des Vertragsschuldners.

wachen und ihren sachgerechten Einsatz organisieren kann[1,2]. Einmal sei der Schuldner, so ist bei Enneccerus-Lehmann zu lesen[3], weil er den Gefahrenkreis beherrsche, mehr dazu berufen, die nachteiligen Folgen eines Gehilfenfehlers zu tragen als der Gläubiger. Zum anderen werde er durch die Garantiehaftung dazu genötigt, von seiner Einwirkungsmöglichkeit Gebrauch zu machen und so Schaden hintanzuhalten[4]. Die Haftung sei daher, so Heck[5], soziologisch vorteilhaft, sie diene den allgemeinen Interessen.

Was die Auswahl der zur Schadensbehebung zuzuziehenden Personen anbelangt, die im Falle des § 249 Satz 2 vom Geschädigten getroffen wird, so ist zu sagen: Bei der weitgehenden Angleichung des Leistungsstandardes der Personen und Einrichtungen, die heute jedermann zur Schadensbeseitigung zur Verfügung stehen, wäre es nicht gerechtfertigt, dem Geschädigten ein Verschulden der zur Schadensbehebung tätigen Fachleute allein deshalb zuzurechnen, weil er und nicht der Schädiger sie ausgewählt hat[6].

Im übrigen besteht eine Einwirkungsmöglichkeit des Geschädigten, die die Zurechnung fremden Verschuldens rechtfertigen könnte, auf das Verhalten der mit der Schadensbehebung befaßten sachkundigen Personen gerade nicht[7,8]. Der Geschädigte kann diese Pwrsonen nicht überwachen, weil ihm die dazu erforderliche Sachkenntnis fehlt. Er kann ihren sachgerechten Einsatz nicht organisieren, weil er es mit Personen zu tun hat, die kraft ihres Berufes selbständig arbeiten, nämlich mit Ärzten oder selbständigen Unternehmern.

---

1) Vergl. Heck, S. 81 f.; Enneccerus-Lehmann, aaO; v. Caemmerer, aaO.
2) Vergl. jedoch oben S. 48 ff.
3) AaO.
4) So auch Soergel-Schmidt, aaO.
5) Grundriß, S. 82.
6) Im Falle eines Fehlgriffs bei der Auswahl kann der Geschädigte wegen Verletzung des ihm selbst obliegenden Pflichtenkreises zur Verantwortung gezogen werden; s. oben S. 59.
7) Richtig insoweit v. Leyden, aaO; s. oben S. 48 ff. Man denke an die Möglichkeiten der Einflußnahme des Geschädigten auf die organisatorischen und technischen Maßnahmen einer Mercedes-Benz-Vertragswerkstatt oder auf die Handgriffe eines Chirurgen. Sie sind gleich Null.
8) A.A. offenbar Böhmer, aaO;, s. oben S. 60 ff.

Der Geschädigte ist vielleicht in der Lage, erfolgreich auf eine Beschleunigung der Arbeiten zu drängen[1] oder auf besondere, nur ihm bekannte Umstände hinzuweisen, die bei der Schadensbehebung beachtet werden müssen. Macht er von diesen oder ähnlichen Möglichkeiten keinen Gebrauch, so liegt eigenes Verschulden (des Geschädigten) vor, so daß ein gerechter Ausgleich der Interessen erzielt werden kann[2,3].

e) Manche heben hervor, die persönliche Gewährleistungspflicht des Schuldners diene dem Interesse des Gläubigers an einem leistungsfähigen Gegner. Etwaige Ersatzansprüche würde er beim Gehilfen nicht immer realisieren können[4]. In den Bereich des Mitverschuldens übertragen hat das "Ersatzprinzip"[5] folgenden Inhalt: Es liegt im berechtigten Interesse des Schädigers, das Verschulden der Hilfspersonen des Geschädigten dem Geschädigten zuzurechnen, weil der Schädiger seinen Ausgleichsanspruch gegen den Gehilfen des Geschädigten nicht immer durchsetzen könnte[6]. Die Personen, die in unseren Fällen als Schuldner des Ausgleichsanspruchs des Schädigers in Betracht kommen, sind Inhaber handwerklicher oder industrieller Betriebe oder Ärzte. Sorgen um deren Zahlungskraft sind nicht angebracht.

f) Endlich wird geltend gemacht, der Schuldner beherrsche die Beweislage, während der Gläubiger "in die Interna des Betriebes" keinen Einblick habe[7]. Der Geschädigte beherrscht die Beweislage in seinem privaten und gegebenenfalls im Bereich seiner beruflichen Tätigkeit. Er beherrscht die Beweislage jedoch nicht, wenn den von ihm zur Behebung eines Körper- oder Sachschadens zugezogenen Fachleuten ein Versehen unterläuft. In die Interna der Betriebe dieser

---

1) Vergl. LG Detmold VersR 67,510.
2) Vorbildlich LG Detmold aaO; vergl. auch Ruhkopf, VersR 62, 931.
3) In dem vom OLG Bremen entschiedenen Falle (s. oben S. 1) drängt sich die Frage geradezu auf, ob der Geschädigte durch ein den Umständen angemessenes, nachdrückliches Auftreten hätte verhindern können, daß erst die vierte (!) Bestellung des Ersatzteils richtig aufgegeben wurde.
4) Vergl. Soergel-Schmidt, aaO; Larenz, SchR I, S. 233.
5) Heck, S. 81.
6) Vergl. dazu oben S. 62 ff.
7) So v. Caemmerer, aaO; ähnlich Enneccerus-Lehmann, aaO.

Personen hat auch der Geschädigte keinen Einblick.

3. Ergebnis

In der behandelten Fallgruppe wäre es unter keinem der in Betracht zu ziehenden Aspekte gerechtfertigt, dem Geschädigten das Verschulden der von ihm zur Schadensbehebung zugezogenen Sachkundigen zuzurechnen, also diese Personen als seine "Erfüllungsgehilfen" im Rahmen seiner Schadensminderungspflicht anzusehen. Daher ist die Schadensminderungspflicht in dieser Fallgruppe auf dasjenige Sorgfaltsverhalten zu begrenzen, dem der Geschädigte nach dem Verletzungsfall zur Verhütung weiteren Schadens selbst nachkommen kann. Der Geschädigte kann vom Schädiger hier also auch für die Schadenserweiterung, soweit sie durch den haftungsbegründenden Vorgang adäquat verursacht ist, ungeschmälerten Ersatz verlangen[1].

---

1) Aus dem Prinzip der Solidarhaftung (s. oben s. 64 f.) folgt, daß der Geschädigte den Schädiger sogleich in Anspruch nehmen kann, d.h. er muß nicht versuchen, zunächst von dem mit der Schadensbehebung befaßten Dritten Ersatz zu erlangen, wenn auch dieser für die Schadenserweiterung haftet; vergl. Oertmann, Anm. 1 a zu § 254 (S. 80). Eine Art "Einrede der Vorausklage" ist dem Schädiger allerdings zu gewähren, wenn in seiner sofortigen Inanspruchnahme durch den Geschädigten eine Schikane und damit ein Verstoß gegen Treu und Glauben liegen würde: vergl. Oertmann, aaO. Daran ist m.E. nur zu denken, wenn es sich um eine Vertiefung des realen Schadens handelt, zu deren sofortiger Beseitigung der mit der Wiederherstellung befaßte Dritte bereit und imstande ist, also beispielsweise dann, wenn bei der Ausbesserung eines Kotflügels die Kühlerhaube verkratzt wird. Vergl. dazu auch oben S. 11 ff.

L e b e n s l a u f

Am 3. Mai 1941 wurde ich als Sohn des Lehrers Wilhelm Alexander und seiner Ehefrau Else, geb. Siegel, in Magstadt (Württemberg) geboren. Nach dem Besuch der Grundschule und des Progymnasiums in Vaihingen a. d. Enz sowie des Gymnasiums Mühlacker legte ich an dieser Schule im März 1960 die Reifeprüfung ab.

Anschließend studierte ich Rechtswissenschaft, ein Semester in Tübingen und acht in München. Hier bestand ich im Dezember 1964 die erste juristische Staatsprüfung. Seit März 1965 bin ich im bayerischen Referendardienst. Außerdem war ich in einer Rechtsanwaltskanzlei in München und anschließend - von November 1966 bis August 1967 - als wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handelsrecht und Zivilprozeßrecht der Universität Köln tätig.

Druckfehlerberichtigungen

Seite 8, 12. Zeile v. u.

Naturalrestitution statt Naturrestitution

Seite 12, 3. Zeile v. u.

Adäquität statt Adäquat

Seite 47, 17. Zeile v. u.

einsteht statt entsteht

Seite 56, 2. Zeile v. o.

Aus statt Auch

Seite 57, Fußnote 3, Zeile 2

§249 Satz 1 statt § 249 Satz 2

Seite 63, 1. Zeile v. o.

beider statt einem